المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المعهد العالي للقضاء

قسم السياسة الشرعية

شعبة الأنظمة

سلطان الإرادة في إنشاء الشروط العقدية

بحث تكميلي لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء.

إعداد الطالب

محمد بن عبدالله بن جفين العتيبي.

إشراف الدكتور

عارف بن صالح العلي

للعام الجامعي ١٤٣٢ / ١٤٣٣هـ

مقدمة عامة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله. أما بعد :

نظراً لأهمية الدراسات الفقهية المقارنة التي تسعى لإيضاح مبادئ أحكام الشريعة الإسلامية مبينةً سبقها وتميزها على أحدث ما توصلت له النظريات القانونية المعاصرة ، فإنني لما أكملت دراستي المنهجية للماجستير بالمعهد العالي للقضاء بقسم السياسة الشرعية ، وكان من متطلبات الحصول على الدرجة العلمية إعداد بحث تكميلي ، فقد رأيت أن يكون بحثي التكميلي عن موضوع (سلطان الإرادة في إنشاء الشروط العقدية) "دراسةً مقارنةً بين الفقه والقانون".

والمقصود بسلطان الإرادة العقدية: حرية إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجه وحدود تلك الحرية ، أي مدى اعتبارها في نظر الشرع [1].
وتتضمن نظرية سلطان الإرادة أربعة جوانب:
١. حرية العاقد في أصل التعاقد مع غيره.
٢. وحريته في إنشاء العقود والالتزامات بمجرد التراضي ، دون تقييده بقيود شكلية.
٣. وحريته في إنشاء ما يشاء من أنواع من العقود في حدود حقوقه الشخصية مهما كان موضوعها دون تقييد بأنواع

1 ـ المدخل الفقهي العام/ مصطفى الزرقا :(٥٣٧/١).

العقود المسماة التي أقرها التشريع ونظم لكل منها أحكامـاً خاصة.

٤. وحريته في تحديد أثار العقد المسمى وتعديل نتائجه الأصلية بين الطرفين المتعاقدين باشتراط ما يـشاءان مـن شـروط بحسب إرادتهما.[١]

وقد رأيت أن تقتصر دراستي على الجانب الأخير ، وهو سـلطان الإرادة في إنشاء الشروط العقدية ؛ حيث إن الخلاف والجـدل الفقهـي الواقع في هذا الجانب ، هو الذي سبب كثيراً من الإشـكالات المتعلقـة بالعقود المعاصرة.

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ سلطان الإرادة في أثار العقد بحـسب الاصطلاح القانوني الحديث: هو نظرية الشروط العقدية فـي اصـطلاح فقهائنا قديماً ، فإن طريق إرادة العاقدين إلى تعديل الآثار الأصلية للعقـد المسمى بينهما ،إنما هي بالشروط التي يشترطانها في العقد ، إذ يـضيف العاقدان بهذه الشروط إلى نتائج العقد حقوقاً والتزامات لم يكن ليقتـضيها أصل العقد لو خلا عما اشترطاه فيه.[٢]

وموقف الفقه الإسلامي من هذا الجانـب يختلـف سـعة وضـيقاً باختلاف المذاهب الاجتهادية فيه ، حيث إنـه قـد ورد فـي الـشريعة الإسلامية نصوص كثيرة تثبت للعقود المسماة التي أقرها الشرع آثـاراً وأحكاماً والتزامات تربط الطرفين في كل عقد بحسب موضوعه ، كمـا أنه قد ورد نصوص عامة وخاصة مختلفة حول سلطة العاقدين في تعديل هذه الآثار التي قررتها النصوص للعقود : إما بالنقص منها أو بإضـافة التزامات على أحد الطرفين المتعاقدين لا يستلزمها أصل العقد ، وذلـك بشروط يشترطانها في التعاقد، ومدى هذه السلطة.[٣]

1- المدخل الفقهي العام/ الزرقا: ٥٣٧/١.
2- المرجع السابق: (٥٤٨/١).
3- المرجع السابق : (٥٤٠/١).

ومن ذلك ما روي عنه صلى ا عليه وسلم أنه قال :(المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما)[١]

وقوله صلى ا عليه وسلم (من اشترط شرطاً ليس في كتـاب ا فهو باطل)[٢].

وري أيضاً عنه أنه (نهى عن بيع وشرط)[٣]

وثبت في السنة العملية أن النبي صلى ا عليه وسلم اشترى فـي السفر من جابر بن عبدا بعيراً ، وشرط جابر ظهره إلى المدينة.[٤]

فهذه النصوص وأمثالها مما ورد في السنة عـن مـدى اعتبـار الشروط العقدية تفيد ما يلي:

١. أن هناك شروطاً تعد ميداناً لإرادة العاقدين، أطلق فيه الشرع لإرادتهم سلطانها، ضمن حدود حقوقهم في أحكام والتزامات تثبت بالعقد مبدئياً ، ويعد العقد المسمى قائماً بين الطـرفين علىٍ أساسها ما لم يشترط خلافها.
٢. أن هناك شروطاً ممنوعة شرعاً لا سلطان لإرادة العاقـدين فيها لأنها تمس أحكاماً أساسية تعد مـن مقاصـد الـشريعة الإسلامية ونظامها العام.[5]

وتوضيح ما يدخل تحت كل نوع من هذه الشروط هـو موضـوع بحثنا إن شاء ا .

[1]- أخرجه الترمذي (١٣٥٢)كتاب أبواب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس. وقال حديث حسن صحيح ، وأخرجه ابن حبان في صحيحه:(٥٠٩١) وقال الألباني :وجملة القول أن الحديث بمجموع طرقه يرتقي لدرجة الصحيح لغيره ، وإن كان في بعضها ضعف شديد ، فسائرها مما يصلح للاستشهاد به. (إرواء الغليل:١٤٥/٥).
[2]- أخرجه البخاري (٢٧٢٩) كتاب الشروط ، باب الشروط في الولاء . ومسلم (١٥٠٤) كتاب العتق.
[3]- أخرجه الطبراني في الأوسط برقم (١٥٥٤) قال ابن حجر: وهو عند أهل السنن وابن حبان والحاكم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ:"لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع" .(تلخيص الحبير:٣/٢٧-٢٨) قلت: وقد حسنه الشيخ الألباني بهذا اللفظ.(إرواء الغليل :١٤٧/٥).
[4]- أخرجه البخاري (٢١٤١) كتاب الشروط ، باب إذا شرط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز.
[5]-المدخل الفقهي العام/ الزرقا:٥٤٥/١.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره :

إن من أعظم الأسباب التي تعـين علـى فهـم المـسائل الفقهيـة والنظامية ، هو أن ترد المسائل الفرعية إلى الأصول الكلية والنظريـات العامة الأساسية التي يشترك في العلاقة بكلٍ منها كثيـر مـن الأبـواب كنظرية الملكية ، ونظرية العقد والشروط العقدية ، ونظريـة الـضمان، ونظرية العرف، ونظرية الأهلية ، ونحو ذلك ، وقد أشـار إلـى ذلـك القرافي[1] رحمه ا حيث قال " من ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات"[2] وقال الزركشي[3] "فـإن ضـبط الأمور المتناثرة المتعددة في القوانين المتحدة هو أدعى لحفظها وأدعـى لضبطها"[4]

وتعد نظرية " سلطان الإرادة العقدية " من أهم النظريات الفقهية ؛ لدخولها في كثير من أبواب المعاملات المعاصرة ، و لكثرة التطبيقـات الواردة عليها في مجال العقود المالية.

ومما يبين أهمية هذه النظرية أن التطور الكبير الذي شمل جميـع مجالات الحياة المعاصرة، أدى إلى أن باتت العقود المسماة فـي الفقـه الإسلامي غير كافية للوفاء بحاجات الناس ومتطلباتهم ، وصارت الحاجة ملحة لتعديل أثار هذه العقود بما يتفق مع متطلبات الحياة ، لذا كان مـن الأهمية بمكان دراسة مدى سلطان الإرادة العقدية في تحديد أثـار العقـد المسمى وتعديل نتائجه الأصلية بين الطرفين المتعاقـدين باشـتراط مـا يشاءان من شروط بحسب إرادتهما.

---

[1] ـ أحمد بن إدريس القرافي ، شهاب الدين أبو العباس ، فقيه أصولي ، من علماء المالكية ، له مصنفات كثيرة منها : "الذخيرة" ، "الفروق" توفي عام:٦٨٤هـ (الديباج المذهب:٢٣٦/١)

[2] ـ الفروق /للقرافي ٣/١

[3] ـ محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي ، فقيه شافعي ، من مصنفاته "البحر المحيط: ، "المنثور" توفي عام :٧٩٤.(شذرات الذهب:٢٣٥/٦).

[4] ـ المنثور في القواعد/ للزركشي ٦٥/١.

ولقد رأيت أن تكون هذه الدراسة مقارنةً بين الـشريعة والقـانون الوضعي ، وذلك ليتضح للقارئ الكريم ما في الشريعة الإسـلامية مـن مزايا ، ومرونة منضبطة، ومبادئ خالـدة ، تفـوق جميـع النظريـات القانونية الحديثة ، وتؤكد كون الشريعة الإسلامية صالحةً لكـل زمـان ومكان.

مشكلة البحث:

ورد في الشريعة الإسلامية نصوص تثبت للعاقـدين سـلطة فـي اشتراط ما يشاءان من أنواع الشروط العقدية، مثاله؛ ما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال (المسلمون على شروطهم)[1] ، وكقـصة شـراء الرسول صلى الله عليه وسلم جملَ جابر في السفر واشتراط جابر ظهره إلى المدينة.[2]

بينما ورد في الشريعة نصوص أخرى توضح أن هناك شـروطاً ممنوعةً لا يجوز للعاقدين اشتراطها لأنها تمس أحكاماً أساسيةً تعد مـن مقاصد الشريعة الإسلامية ونظامها العام.

وقد اختلفت أنظار الفقهاء رحمهم الله في تحديد ما يدخل تحت كل نوع من هذه الشروط ، ما بين مضيق وموسع ، وبسبب هذا الاخـتلاف حدث الإشكال في كثير من العقود المعاصرة.

كما اختلفت آراء القوانين المدنية وشراحها في ذلك ، ولذا سأحاول جاهداً المقارنة بين الفقه والقوانين المدنية في هذه الجزئية ، مبيناً سـبق الشريعة وتميزها في تحديد آثار العقد وتعديل نتائجه ومحاولاً توضـيح موقف النظام السعودي من مبدأ حرية الشروط العقدية، وذلك من خـلال النظر في النصوص النظامية الواردة في هذا الشأن.

---

[1] - سبق تخريجه :٣

[2]- سبق تخريجه:٣

تساؤلات وإشكالات:

تتلخص أهم الإشكالات التي يعالجها هذا البحث فيما يلي :

س/ ما مدى سلطان إرادة العاقدين في إنشاء الشروط العقدية، المتضمنة لبعض التعديل في آثار العقد.

س / ما مدى سلطان إرادة العاقدين في تعديل أثار العقود المسماة وتعديل أحكامها الأصلية في حقوقهما الخاصة.

س/ ما موقف النظام السعودي من مبدأ حرية الشروط العقدية.

الدراسات السابقة :

لم يتضح لي بعد البحث الجاد في عدد من المكتبات ، كمكتبة المعهد العالي للقضاء، ومكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ومكتبة معهد الإدارة العامة ، ومكتبة الملك فيصل للبحوث والدراسات ، وجود رسالة علمية تناولت هذا الموضوع بشكل مستقل ، إلا أنني وجدت بعض الكتب التي تناولت مبدأ سلطان الإرادة العقدية أثناء الكتابة عن نظرية العقد ، ومن أهمها ما يلي :

١ ـ المدخل الفقهي العام : الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا.

حيث تناول رحمه الله في الفصل الحادي والأربعين والثالث والأربعين من الكتاب بيان مدى سلطان الإرادة العقدية في الاجتهادات الإسلامية والفقه الأجنبي، وهو أكثر الكتب التي استفدت منها في هذا الموضوع .

٢ ـ نظرية العقد : الأستاذ عبدالرزاق السنهوري ، فقد تناول رحمه الله في كتابه مبدأ سلطان الإرادة في القانون من حيث نشأته وتطوره وفلسفته وحدوده ونحو ذلك.

٣ ـ الوسيط في شرح القـانون المـدني : الأسـتاذ عبـدالرزاق السنهوري.

٤ ـ المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية : الأستاذ عبدالكريم زيدان.

حيث بين الشيخ حفظه ا في الفصل الـسابع مـن الكتـاب أراء الفقهاء في مدى سلطان الإرادة العقدية في إنشاء الشروط والعقـود فـي الفقه الإسلامي.

منهج البحث :

إجراءات البحث :

في إعداد البحث أتبع الخطوات الآتية :

١. البدء في كل مسألة بالفقه الإسلامي مبينا آراء الفقهاء ،وأبسط الخلاف إن وجد ،وأقوم بالترجيح ،ثم أقارن المسالة بما قررته القوانين المدنية العربية وشراحها، ثم أعقد مقارنة بين الفقه والنظام.

٢. جمع المادة العلمية من مصادرها الأصلية .

٣. صياغة البحث بأسلوب علمي دقيق واضح.

٤. العناية بالتعريف بالألفاظ الغريبة والمصطلحات العلمية الواردة في البحث.

٥. توثيق النصوص والمنقولات من مصادرها ، وتوثيق الآراء والأفكار ونسبتها إلى أصحابها.

٦. عزو الآيات القرآنية الكريمة ، وتخريج الأحاديث والآثار من دواوينها ، مع الحكم عليها.

٧. العناية بالمسائل الخلافية ، بتحرير محل الخلاف وسببه أولاً ، ثم ذكر الأقوال بأدلتها ومناقشتها ثم الترجيح .

٨. المقارنة بين الفقه والنظام.

١٠ ـ ترجمة الأعلام غير المشهورين .

١١ ـ التزام علامات الترقيم المتعارف عليها .

١٢ ـ الالتزام بالخطة المعتمدة من القسم .

١٣ ـ وضع خاتمة في نهاية البحث تتضمن نتائج البحث والتوصيات المناسبة.

١٤ ـ عمل الفهارس اللازمة.

١٥ ـ إخراج البحث وطباعته وفق تعليمات القسم والنموذج المعتمد .

١٦ـ بيان وجه الدلالة من الأدلة مع التوثيق.
١٧ـ إتباع التوثيق العلمي في التهميش.
١٨ـ الالتزام بمناهج البحث العلمي ومن ضمنها ما ذكر.

مخطط البحث :

مقدمة:

وتشتمل على مقدمة عامة وأهمية الموضوع وأسباب اختياره ومشكلة البحث والدراسات السابقة ومخطط البحث ومنهجه وأهم المراجع.

التمهيد وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول:تعريف مصطلحات عنوان البحث.

المطلب الثاني: أساس مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الثالث: نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة في القانون.

المطلب الرابع: نتائج مبدأ سلطان الإرادة العقدية.

سلطان الإرادة في إنشاء الشروط العقدية في الفقه والقانون.

المبحث الأول : التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية.

المطلب الأول : التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أنواع الشروط عند المضيقين من نطاق حرية الشروط العقدية.

الفرع الأول : أنواع الشروط عند الحنفية.

الفرع الثاني: أنواع الشروط عند المالكية.

الفرع الثالث: أنواع الشروط عند الشافعية.

المطلب الثالث : التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية في القانون.

المطلب الرابع : المقارنة بين الفقه والنظام في التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية.

المبحث الثاني : التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية.

المطلب الأول : التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أنواع الشروط عند الموسعين من نطـاق حريـة الشروط العقدية.

الفرع ألأول : أنواع الشروط عند الحنابلة.

المطلب الثالث : التوسيع من نطاق حرية الـشروط العقديـة فـي القانون

المطلب الرابع : المقارنة بين الفقه والنظام في التوسيع من نطـاق حرية الشروط العقدية.

المبحث الثالث: موقف النظام السعودي من حرية الشروط العقدية.

المطلب الأول: النصوص النظامية الواردة في حرية الشروط العقدية**.**

المطلب الثاني : الأصل العام المتحصل من النظر في النصوص السابقة.

المطلب الثالث: التطبيقات القضائية لمبدأ سلطان الإرادة.

الخاتمة والتوصيات.

المصادر والمراجع.

الفهارس.

المبحث التمهيدي:

المطلب الأول : التعريف بمصطلحات عنوان البحث:

الفرع الأول :تعريف العنوان باعتبار مفرداته:

أولاً سلطان الإرادة في اللغة:

السُلطان قدرة الملك ، يذكر ويؤنث . وقال الليث: السلطان قُدرةُ الملك ، وقدرة من جعل له ذلك وإن لم يكن ملكا ، كقولك قد جعلت لـه سـلطاناً على أخذ حقي من فلان ، والنون في السلطان زائـدة لأن أصـل بنائـه سليط."[1]

والإرادة في اللغة: لغة: مصدر الفعل أراد، وأراد الشيء: شـاءه، وأراده: أحبه.[2]

ثانياً الشرط:

الشرط لغةً : إلزام الشيء والتزامه في البيـع ونحـوه ، والجمـع شروط.والشرط بالتحريك: العلامة ، والجمع أشراط ، وأشراط الـساعة: أعلامها، وهو منه ، وفي التنزيل العزيز (فقد جاء أشراطها). والاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم، ومنه سمي الـشرطُ ؛ لأنهـم جعلـوا لأنفسهم علامةً يعرفون بها"[3]

---

[1]- لسان العرب/ ابن منظور :٣٢٧/٦.

[2]- المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، :٣٩٤/١. دار المعارف ، ط ٣.

[3]- لسان العرب/ ابن منظور: ٣٢٩/٧.

والشرط في الاصطلاح: هو ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.[1]

شرح التعريف:

ما يلزم من عدمه العدم: أي يلزم من عدم الشرط عدم المشروط ، فخرج بذلك المانع ؛ لأنه لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم ، كالدين في الزكاة.

ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم: أي لا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط ، ولا عدم وجوده ، فخرج بذلك السبب ؛ لأنه يلزم من وجوده الوجود لذاته، كملك النصاب سبب لوجوب الزكاة.

لذاته: احتراز من مقارنة الشرط وجود السبب ، فيلزم الوجود ، أو مقارنة الشرط قيام المانع ، فيلزم العدم لكن لا لذاته.[2]

ثالثاً:تعريف العقد:

العقد لغة : نقيض الحل ، وهو من الشد والربط ، والعقد العهد.[3]

فالعقد في اللغة يراد به أمران:

---

[1]- شرح الكوكب المنير/ ابن النجار : ٤٥٢/١.

[2]- المرجع السابق : ٤٥٢/١.

[3]- لسان العرب/ ابن منظور :٣٠٩/٩.

الأول: يفيد الجمع بين أطراف الشيء وربطها ، وضـده الحـل ، ومن معنى الربط الحسي بين طرفي الحبل ، أخذت الكلمة للربط المعنوي بين الكلامين.

الأمر الثاني: ويطلق بمعنى إحكام الشيء وتقويته ، ومن معنى الإحكـام والتقوية الحسية ، أخذت اللفظة ، وأريد بها العهد ، ولـذا صـار العقـد بمعنى العهد الموثق ، والضمان ، وكل ما ينشئ التزاماً.[١]

ويعرف العقد قانوناً:

هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ، سواء كان ذلك الأثـر هو إنشاء التزام ، أو نقله ، أو إنهاؤه.[٢]

مثال إنشاء التزام عقد البيع ، فهو ينشئ التزامات في جانب البائع ، وأخرى في جانب المشتري.

مثال نقل التزام الحوالة ، فهي تنقل الحق من الدائن إلى شـخص أخر يحل محله.

مثال تعديل الالتزام الاتفاق على مد أجل الالتزام أو إضافة شـرط له.[٣]

وأما تعريف العقد في الفقه الإسلامي فهو :

ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروعٍ يثبت أثره في المحل.[٤]

---

[1] - الملكية ونظرية العقد/ الشيخ محمد أبو زهرة : ١٧٣.

[2] - نظرية العقد /عبدالرزاق السنهوري :٨١/١.

[3] - المرجع السابق : ٧٩/١.

[4] - المدخل الفقهي العام /مصطفى الزرقا :٣٨٢/١.

شرح التعريف:

ارتباط: أي أن العقد ارتباط بين شخصين لتوافق إرادتيهما ، وطريقة التعبير عن هذه الإدارة: هو ما يسمى بالإيجاب والقبول.

الإيجاب: هو أول بيان يصدر من أحد المتعاقدين معبراً عن جزم إرادته في إنشاء العقد.

القبول: هو ما يصدر من الطرف الآخر بعد الإيجاب ، معبراً عن جزم موافقته عليه.

على وجهٍ مشروعٍ: أي أن يتطابق الإيجاب والقبول بالشروط الشرعية.

يثبت أثره: أي الأثر المقصود من العقد ، الذي شرع العقد من أجله.

المحل: هو المعقود عليه ، وهو في كل عقد بحسبه.[1]

[1]- المدخل الفقهي العام/ الزرقا: (٣٨٢/١) وما بعدها. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية / محمد أبو زهرة: (١٧٣) وما بعدها .

الفرع الثاني تعريف العنوان باعتباره مركباً إضافياً.

يتكون عنوان البحث من جملتين مركبتين ، الجملة الأولى (سلطان الإرادة) ، والجملة الثانية (إنشاء الشروط العقدية)

وسوف نتناول فيما يلي توضيح معنى كلاً من هاتين الجملتين.

أولاً: معنى سلطان الإرادة:

هو حرية إرادة العاقد في أصل العقـد ونتائجـه ، وحـدود تلـك الحريـة ، أي مدى اعتبارها في نظر الشرع.

ويتعلق هذا المبدأ بأربع نواحي:

الأولى: حرية العاقد في أصل العقد.

الثانية: حريته في إنشاء العقود والالتزامات بمجرد التراضي.

الثالثة: حريته في إنشاء ما يشاء من أنواع العقود في حدود حقوقه الشخصية مهما كان موضوعها.

الرابعة: حريته في تحديد آثار العقد وتعديل نتائجه الأصـلية بـين الطرفين المتعاقدين باشتراط ما يشاءان مـن أنـواع الـشروط بحـسب إرادتهما.[1]

ثالثاً: تعريف الشروط العقدية:

هو الشرط الذي ينـشئه المكلـف بإرادتـه فـي بعـض عقـوده والتزاماته.[2]

---

[1]- المدخل الفقهي العام / مصطفى الزرقا :٥٣٧/١ـ ٥٣٨.

[2]- المدخل الفقهي العام :٣٩٤/١. الشروط التعويضية / عياد العنزي :٤٣/١.

أو هو ما كان مصدر اشتراطه المكلف أو العاقد ليحقق له رغبـةً وقصداً خاصاً في العقد فيجعل العقد مقترناً به أو معلقاً عليه.[١]

ويسمى هذا النوع الشرط الجعلي ، وقد سمى جعلياً لأن الأمر الذي صار شرطاً للالتزام لم تكن له هذه الصفة شرعاً ، وإنما جعله الشخص شرطاً معلقاً عليه في أمر كان له فيه حق التنجيز والتعليق.[٢]

---

[1]- ضوابط العقود/ محمود البعلي :٢٨٥.

[2]- المدخل الفقهي العام / مصطفى الزرقا :٣٩٤/١ ـ ٣٩٥. الموسوعة الفقهية الكويتية:٦/٢٦.

المطلب الثاني :

أساس مبدأ سلطان الإرادة في القانون.

يرى أنصار هذا المبدأ أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكـوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية.[1]

وذلك بسبب مغالاتهم في وجوب حماية الحرية الفرديـة ، فـالفرد عندهم هو الدائرة التي يدور حولها القانون، فلا يجوز إغفاله أو إغفـال مصالحه بحجة رعاية مصلحة المجتمع ، فالمجتمع وجد لخدمـة الفـرد وليس العكس. فكل ما في المجتمع يجب أن يسخر لخدمة الفرد وسعادته ، ووسيلة المجتمع في ذلك هو ما يضعه من قواعد(أي القانون) لتحقيـق هذه الغاية، وبهذا الطريق وحده تتحقق مصلحة الفرد ، وتحقـق أيـضاً مصلحة المجتمع ؛ لأن مجموع مصالح الأفراد تساوي مصلحة المجتمع. ويجب أن يقتصر دور القانون في نظر هذا المذهب على تنظيم حريـات الأفراد بحيث لا تصطدم بحريات الآخرين.[2]

ويترتب على هذه النظرية إطلاق حريـة الأفـراد فـي كافـة العقـود والالتزامات ، وجعل الإرادة هي أساس الالتزام في العقـد ، وهـذا مـا يسمى بمبدأ سلطان الإرادة.

1- نظرية العقد/ عبالرزاق السنهوري :٨٦/١.

2- نظرات في الشريعة الإسلامية/ عبدالكريم زيدان :١٩.

المطلب الثالث:

نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة في القانون.

لم يكن مبدأ سلطان الإرادة معروفاً في العصور القديمة ، بل كانت العقود شكليةً محضةً تحوطها أوضاع معينةٌ من ألفاظ وإشارات وكتابة ، واستمر الوضع على ذلك أوائل القرون الوسطى ، ثم أخذ مبدأ سـلطان الإرادة يظهر ويقوى شيئاً فشيئاً ، متأثراً بـبعض العوامـل الاقتـصادية والسياسية ، ولما جاء القرن السابع عشر ، وانتشرت خلال تلك الفتـرة بعض النظريات الفلسفية المشبعة بالروح الفردية ، أصبح سلطان الإرادة ثابتاً مقرراً ، وصارت الإرادة الحرة للفرد هي الأساس في إنشاء العقود والالتزامات. وفي القرن التاسع عشر قامت الصناعات الكبيرة ونظمـت طبقات العمال مما أدى إلى انتشار الروح الاشتراكية في وجه المـذهب الفردي ، الأمر الذي ترتب عليه انتكاص مبدأ سلطان الإرادة. [1]

حيث هاجم رجال المذهب الاشتراكي النظرية التي بني عليها مبدأ سلطان الإرادة ، وفندوها بردود متينة قوية ، لكنه لم يلبث إلا أن استعاد اعتباره على أسسٍ جديدة .وهكذا تردد مبدأ سلطان الإرادة بين جزرٍ ومد ، وأخذ ورد ، وانتكاسٍ وانتعاشٍ ، حتى استقر أخيراً على تلك النظريـة التي تقضي بأن **السلطان الأصلي في إنشاء العقد وفي تحديد التزاماتـه إنما هو لإرادة العاقدين ، ولكن في حدودٍ معينةٍ يحددها التشريع وفقـاً**

1- الوجيز في النظرية العامة للإلتزام/ للسنهوري ، ص : (٣٠) وما بعدها. نظرية العقد/ للسنهوري ، ص : (٨٧) وما بعدها.

للمصالح الفردية الاجتماعية والاقتصادية والـسياسية. وهـذه الحـدود والقيود التي يقيد بها التشريع مبدأ سلطان الإرادة تختلف باختلاف أنواع الحقوق والعقود وموضوعاتها.[1]

وذلك على النحو الذي سأوضحه في المطلب التالي إن شاء ا .

[1] - المدخل الفقهي العام / مصطفى الزرقا :٥٨٦/١ وما بعدها.

المطلب الرابع:

النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة.

أذكر هنا النتائج التي انتهى إليها الباحثون في هذا الموضوع فـي العصر الحديث ، والتي تكاد تكون محل اتفاق بينهم.

أولاً : دائرة القانون العام[١]

ليس للإرادة سلطان في مجال القانون العام ، وذلك لأن الـروابط الاجتماعية التي ينظمها هذا القانون إنما تحددها المصالح العامة لا إرادة الأفراد.[٢]

ثانياً : القانون الخاص[٣]

ففي عقود الزواج وقوانين الأسرة عموماً ينحـصر دور سـلطان الإرادة جداً ، بحيث يقتصر دوره على أصل التعاقـد ووضـع بعـض الشروط التي تكون لمصلحة أحد المتعاقدين بما لا يخالف النظـام العـام للأسرة.[٤]

---

[1]- القانون العام : هو مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سيادة ، أي باعتبارها شخصاً معنوياً عاماً، فهو يعرض لتنظيم الدولة وعلاقاتها بغيرها من الدول ، ويبين كيفية إدارة المرافق العامة ، والمحافظة على النظام العام والأمن داخل الدولة (المدخل لدراسة الأنظمة / الدكتور عبدالرزاق الفحل ، ومجموعة من أعضاء هيئة التدريس بجامعة الملك عبدالعزيز بقسم الأنظمة : "٤٠").

[2]- التصرف الإرادي والإرادة المنفردة / الشيخ علي الخفيف :٥.

[3]- القانون الخاص : هو مجموعة القواعد القانونية التي لا تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سيادة ، فهو يحكم علاقات الأفراد بعضهم مع بعض ، كما يحكم علاقات الدولة مع الأفراد باعتبارها شخصاً معنوياً خاصاً (المدخل لدراسة الأنظمة / الدكتور عبدالرزاق الفحل ، ومجموعة من أعضاء هيئة التدريس بجامعة الملك عبدالعزيز بقسم الأنظمة. : "٤٠").

[4]- التصرف الإرادي والإرادة المنفردة/ الشيخ علي الخفيف:٥ . والمدخل الفقهي العام/ الزرقا : (٥٨٦/١).

أما فيما يتعلق بالأموال فإن دور سلطان الإرادة يـزداد وينـشط ، لكنه في مجال الحقوق العينية أضيق منه في مجال الحقوق الشخـصية[1]، وبيان ذلك أن الإرادة العقدية لا تستطيع أن تحدث حقوقاً عينيةً لم يعرفها الفقه والنظام، كما أن الفقه والنظام في الغالب هو الذي يتولى تحديد آثار العقود في الحقوق العينية. وأما الحقوق الشخصية فإنها الميدان الأوسـع لمبدأ سلطان الإرادة ضـمن حـدود الآداب العامـة والنظـام العـام ، والنصوص النظامية الخاصة عندما تكون آمرةً بحكمٍ إلزامي[2].

[1] - الحق العيني:هو سلطة مباشرة على عين مالية معينة كحق الملكية وحق الانتفاع ونحو ذلك. والحق الشخصي: مطلب يقره الشرع لشخص على آخر كالعقد وحق النفقة ونحو ذلك (المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي/ مصطفى الزرقا:٢٦-٢٧)

[2]- التصرف الفردي والإرادة المنفردة/ الشيخ علي الخفيف: (٥ ـ ٦) . المدخل الفقهي العام/ الزرقا : (٥٨٦/١)

المبحث الأول:

التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية

المطلب الأول :التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية في الفقه الإسلامي.

قد جعل الشارع العقود أسباباً مفضيةً لآثارها ، فـإذا وقـع العقـد بإرادة العاقد ترتب عليه أثره الذي جعله الشارع ، والشرط في العقد من شأنه أن يزيد أو ينقص هذه الآثار ، فما مدى سلطة العاقد في تعديل هذه الآثار بما يشترطه من شروط؟[1]

تحرير محل النزاع

اتفق الفقهاء على جواز اشتراط كل ما دل الشرع علـى جـوازه بالكتاب أو السنة أو الإجماع.

واتفقوا على تحريم كل شرط دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو إجماعاً ، كأن يحل حراماً أو يحرم حلالاً أو يـؤدي إلـى الربـا أو الغرر.

واختلفوا فيما سوى ذلك من الشروط مما لم يرد النص بجوازه ولا تحريمه ، وهو مما يجوز فعله أو تركه بدون الشرط ،[2]، وذلـك علـى التفصيل الآتي:

---

[1]- الشروط التعويضية في المعاملات المالية / د عياد العنزي : (٥٣/١)

[2] - القواعد النورانية / شيخ الإسلام ابن تيمية : ٢٦٤وما بعدها. المحلى / ابن حزم :٤١٢/٨.

القول الأول: يرى أكثر الفقهاء من الحنفية والشافعية والظاهرية وكثير من المالكية وبعض الحنابلة بأن الأصل في الشروط العقدية الحظر ، إلا ما ورد الشرع بإجازته. [1]

ويرون أن لكل عقد أحكاماً أساسية تسمى (مقتضى العقد) نص عليها الشرع مباشرةً أو استنبطها الاجتهاد الفقهي ، وليس للعاقدين أن يشترطا شروطاً تخالف هذا المقتضى[2].

فسلطان الإرادة من وجهة هذه النظر مقتصر بصفة عامة على إنشاء العقد وتكوينه ، أما آثار العقد فهي من وضع الشارع الذي رتب المسببات على الأسباب ، فالعقد سبب شرعي لقيام نتائج معينة أرادها الشارع في جملة ما أراد من أجل تنظيم شؤون العباد على أساس من العدل.[3]

القول الثاني: أن الأصل في العقود الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، نصاً أو قياساً.

---

[1]- بدائع الصنائع / الكاساني : (١٦٩/٥) وما بعدها. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (٦٤/٣) وما بعدها. روضة الطالبين/النووي : (٦٦/٣) وما بعدها. المغني/ ابن قدامة المقدسي:(٣٢٣/٦) وما بعدها. القواعد النورانية /شيخ الإسلام أحمد بن تيمية:٢٦٤.

2- المدخل الفقهي العام/الزرقا: (٥٤٩/١).

[3]- النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون/الدكتور بهاء الدين العلايلي:١/ ٩١.

وأصول أحمد المنصوصة عنه : أكثرها يجري على هذا القـول.ومثلـه مذهب شريح القاضي[1] ، وعبدا بن شبرمة الكوفي[2] ، وبعـض فقهـاء المالكية.[3]

ومقتضى هذا القول: حرية العقود أنواعـاً وشـروطاً ، ووجـوب الوفاء بل ما يلتزمه العاقدان ويشترطانه ، ما لـم يكـن فـي نـصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط معـين ، فعندئـذ يمتنـع بخصوصه ، على خلاف القاعدة ، ويعد الاتفاق عليه بـاطلاً ، كالتعاقـد على الربا أو الشروط التي تحل حراماً أو تحرم حلالاً.[4]

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

حديث عائشة رضي ا عنها قالت : " جاءتني بريرة فقالت: إني كاتبت أهلي على تسع أواق ، في كل عام أوقيـةً ، فـأعينيني ، فقالـت عائشة : إن أحب أهلك أن أعدها لهم عددتها ، ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها ، فقالت لهم ذلك ، فأبوا عليها ، فجاءت من عند أهلها ورسول ا صلى ا عليه وسلم جالس ، فقالت: إني عرضت ذلك عليهم ، فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم ، فسمع ذلك رسول ا صـلى ا

[1] - شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، يقال له صحبة ولم يصح فهو أسلم زمن النبي صل الله عليه وسلم وانتقل من اليمن زمن الصديق ، قاضي الكوفة ، توفي سنة ٧٨ (سير أعلام النبلاء :١٠٠/٤)

[2] - عبدالله بن شبرمة الضبي الإمام العلامة فقيه العراق قاضي الكوفة وثقة أحمد بن حنبل وابن أبي حاتم كان من أئمة الفروع ، وأما الحديث فلم يكن مكثراً منه ، توفي سنة ١٤٤هـ (سير أعلام النبلاء:٣٤٧)

[3]- المغني/ابن قدامة المقدسي:٣٢٤/٦. القواعد النورانية/ ابن تيمية :٢٦٨

[4]- المدخل الفقهي العام/ الزرقا:٥٥٣/١.

عليه وسلم فسألها النبي فأخبرته عائشة ، فقال لها رسول ا صـلى ا عليه وسلم:(خذيها واشترطي لهم الولاء ، فإنما الـولاء لمـن أعتـق)، ففعلت عائشة ، ثم قام رسول ا صلى ا عليه وسلم في الناس ، فحمـد ا وأثنى عليه ، ثم قال: (أما بعد ، فما بال رجالٍ يشترطون شـروطاً ليست في كتاب ا ، ما كان من شرط ليس في كتاب ا فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء ا أحق ، وشرط ا أوثق ، وإنما الولاء لمـن أعتق)" خرجاه في الصحيحين.[١]

وعن عبدا بن عمر رضي ا عنهما : "أن عائشة أم المـؤمنين أردات أن تشتري جارية لتعتقها ، فقال أهلها : نبيعها لك على أن ولاءها لنا ؟ فذكرت ذلك لرسول ا صلى ا عليه وسلم فقال :لا يمنعك ذلـك فإنما الولاء لمن أعتق"[٢]

وجه الدلالة:

أن كل شرط ليس في القرآن ولا في الحديث ولا فـي الإجمـاع ، فليس في كتاب ا ، بخلاف ما كان في السنة أو في الإجماع ، فإنه في كتاب ا بواسطة دلالته على إتباع السنة والإجماع ، ومن قال بالقيـاس وهم الجمهور ـ قالوا : إذا دل على صحته القياس المدلولُ عليه بالسنة ، أو بالإجماع المدلول عليه بكتاب ا فهو في كتاب ا .[٣]

[1]- أخرجه البخاري (٢٧٢٩) كتاب الشروط ، باب الشروط في الولاء . ومسلم (١٥٠٤) كتاب العتق.

[2]- أخرجه البخاري (٢٥٦٢)كتاب المكاتب ، باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط شرطاً ليس في كتاب ا . ومسلم (١٥٠٤)كتاب العتق.

[3]- القواعد النورانية / شيخ الإسلام ابن تيمية :٢٦٧.

قال النووي[١] "قوله : (كل شرط ليس في كتاب ا فهو باطـل وإن كان مائة شرط) صريح في إبطال كل شرط ليس له أصلٌ في كتاب ا تعالى ومعنى قوله (وإن كان مائة شرط) أنه لو شرط مائة مرة توكيـداً فهو باطل".[٢]

مناقشة الدليل الأول:

ويجاب عن ذلك بأن معنى قوله (ليس في كتاب ا) أي يخـالف كتاب ا ، والدليل على ذلك قوله صلى ا عليه وسلم بعد ذلك "كتـاب ا أحق وشرط ا أوثق" أي كتاب ا أحق من هذا الشرط ، وشرط ا أوثق منه ، وهذا إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتـاب ا وشـرطه ، بأن يكون المشروط مما حرمه ا تعالى. وأما إذا كان المشروط مما لـم يحرمه ا ، فلم يخالف كتاب ا وشرطه ، حتى يقال "كتـاب ا أحـق وشرط ا أوثق.[٣]

وهذا التفسير هو الذي رجحه الإمـام البخـاري رحمـه ا فـي صحيحه، حيث ترجم لهذا الحديث بقوله (باب المكاتب ، وما لا يحل من الشروط **التي تخالف كتاب ا**)

٢- يحي بن شرف بن مري بن حسن النووي ، محي الدين ، أبوزكريا ، شيخ الإسلام ، أحد العلماء العباد ، له مصنفات عظيمة نافعة في الفقه والحديث منها: "المجموع شرح المهذب ـ لم يكتمل" و"شرح صحيح مسلم" مات سنة:٦٧٦هـ (طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي:١٦٥/٥).

[2]- شرح النووي على مسلم :١١٠/٤ـ١١١.

[3]- القواعد النورانية/ شيخ الإسلام ابن تيمية، :٢٩٢.

ثم أخرج فيه تعليقاً عن ابن عمر أو عمر(أي على سبيل على التردد) قوله : كل شرط **خالف كتاب ا** فهو باطل ، وإن كان مائة شرط.[1]

قال في فتح الباري :"وهنا أراد تفسير قوله (ليس في كتاب ا) وأن المراد به ما خالف كتاب ا ثم استظهر على ذلك بما نقله عن عمر أو ابن عمر"[2]

الدليل الثاني:

حديث عائشة رضي ا عنها قالت : قال رسول ا صلى ا عليه وسلم "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"[3]

وجه الدلالة:

أن هذا نص صريح على بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه.[4]

مناقشة الدليل الثاني:

ويجاب عنه: بأن العقود والشروط هي من باب الأفعال العادية ، والأصل فيها عدم التحريم حتى يدل دليل عليه ، كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ)

1- صحيح البخاري : كتاب الشروط ، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب ا .

2- فتح الباري/ ابن حجر العسقلاني :٤٣٣/٥

3- أخرجه مسلم : (١٧١٨)كتاب الأقضية.

4- الإحكام في أصول الأحكام/ ابن حزم :٦١٥/٥.

[الأنعام:١١٩] عام في الأعيان والأفعال ، وإذا لم تكن حراماً لـم تكـن فاسدةً ؛ لأن الفساد إنما ينشأ عن التحريم ، وإذا لم تكـن فاسـدةً كانـت صحيحةً.[1]

ومما يؤكد كون العقود من الأفعال العادية ، أنها كانت موجودةً قبل ورود الشرع ، فلما جاء الشرع أقر ما كان صالحاً منها وحرم ما كـان ضاراً ، وبين لها الحدود وفصل لها الأحكام ، فأقر كثيـراً مـن عقـود المعاوضات المالية، كالبيع ، والإجارة وغيرها ، وحـرم منهـا أنواعـاً أخرى ، لما تحويه من الخداع والغرر. ومن هذا يتبين أن العقـود إنمـا شرعت للحاجة والمصلحة لا لمحض العبادة.[2]

الدليل الثالث:

عن عبدا بن عمرو بن العاص قال : قال رسول ا صـلى ا عليه وسلم "لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم تضمن ولا تبع ما ليس عندك"[3]

وجه الدلالة:

أن هذا الحديث نص على عدم جواز الجمع بين الشرط والبيـع ، ويقاس على البيع سائر العقود الأخرى ، لكنهم يحملون ذلك على الشرط

---

[1]- القواعد النورانية / شيخ الإسلام ابن تيمية :٢٨٤.

[2]- أحكام المعاملات الشرعية/الشيخ علي الخفيف :٢٢٥ـ ٢٢٦.

[3]- أخرجه أبو داود : (٣٥٠٤)كتاب البيوع ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده . وأخرجه الترمذي : (١٢٣٤) كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده .وحسنه الشيخ الألباني (إرواء الغليل:١٤٧/٥).

الذي يخالف مقتضى العقد ، لأنه ورد في نصوص أخرى جواز اشتراط بعض الشروط كقوله: "من باع عبداً وله مال فماله للبائع ألا أن يتـشرط المبتاع "[1] ، ويوجهون ذلك : بأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد يؤدي إلى الوقوع في الجهالة والغرر ، مثاله : لو اشترى ثوباً بعشرة دارهم ، واشترط على البائع خياطته ، فإن الثمن (عشرة دارهم) تنقسم على الثوب وعلى أجرة الخياطة ، ولا يدرى حينئذ كم حصة الثـوب مـن حـصة الإجارة ، فصار الثمن مجهولاً.[2]

مناقشة الدليل الثالث:

ويجاب ذلك بأن العلماء قد اختلفوا في تفسير هذا الحـديث خلافـاً واسعاً، ولعل الأقرب في تفسيره: أن المراد بالشرطين في البيـع ، هـو البيعتان في بيعة ، فإنه إذا باعه السلعة بمائة مؤجلة ، ثم اشـتراها منـه بثمانية حالة ، فقد باع بيعتين في بيعة ، وهي مسألة العينة.[3]

وهذا التفسير هو الذي رجحه ابن القـيم رحمـه ا حيـث قـال :"الشرطان في بيع فُسر بقول البائع: خذ هذه السلعة بعشرة نقداً وآخـذها منك بعشرين نسيئة ، وهي مسألة العينة بعينهـا ، وهـذا هـو المعنـى المطابق للحديث ، وإذا أدرت أن يتضح لك المعنى فتأمـل نهيـه عـن: بيعتين في بيعة ، وعن سلف وبيع ، وعن شرطين في بيع. فكلا الأمرين يتوصل به إلى الربا "[4] انتهى كلامه مختصراً

1- أخرجه البخاري : (٢٣٧٩)كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل.

2- معالم السنن شرح سنن أبي داود/ الخطابي : (١٢١/٣ـ ١٢٢).

3- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع/ عبدالرحمن بن قاسم :(٤٠١/٤)

4- تهذيب السنن/ ابن القيم : (١٧٠٧/٤ـ ١٧٠٨)

الدليل الرابع :

قياس جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء ، لأن العلة فيه كونه مخالفاً لمقتضى العقد ، وذلك لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع ، فيعتبر تغييرها تغييراً لما أوجبه الشرع بمنزلة تغيير العبادات . **وهذا نكتة القاعدة** ، وهي أن العقود مشروعة على وجه ، فاشتراط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع. [1]

وهذا ما يسميه بعض المعاصرين بمبدأ جعلية أثار العقود ؛ أي آثار العقود جعلية شرعية محددة من قبل الشارع، بحيث يقتصر دور إدارة العاقدين على إنشاء العقد فحسب ، وهذه هي القاعدة العامة التي يقررها أغلب الفقهاء في هذا الباب في كتبهم، وأن مقتضيات العقود هي من وضع الشارع لا من وضع المتعاقد.[2]

كما أن هذه القضية قد بينتها كتب الأصول ، فقد ذكر في كشف الأسرار: أن العلل الشرعية غير موجبة لمقتضياتها بنفسها ، لأنها كانت موجودة قبل ورود الشرع ، ولم تكن موجبة لهذه الأحكام ، وإنما صارت موجبة لهذه الأحكام بجعل الشارع إياها كذلك.[3]

وتدخل العقود في عموم العلل الشرعية ، يفهم ذلك من سياق الكلام؛ لأنه مثل للعلل الشرعية بالبيع علةً لثبوت الملك ، والنكاح علةً لحل الاستمتاع[4].

---

[1]- القواعد النورانية/ ابن تيمية : (٢٦٨).

2- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية / محمد أبو زهرة : (٢١٧). أحكام المعاملات الشرعية/ الشيخ علي الخفيف:٢٢٧.

[3]- كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام/ البزدوي : ٣٦٧/٣.

[4]- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية / محمد أبو زهرة : ٢١٨-٢١٩.

مناقشة الدليل الرابع:

ويجاب عنه بأن يقال: إن العقد له حالان:

١ ـ حال إطلاق

٢ ـ حال تقييد.

ففرق بين العقد المطلق وبين المعنى المطلق من العقد ، فإذا قيـل: هذا شرط ينافي مقتضى العقد ، فإن أُريد به ينافي مقتضى العقد المطلـق فكذلك كل شرط زائد ، وهذا لا يضره ، وإن أُريد ينافي مقتضى العقـد المطلق والمقيد ، فإنما يصح هذا إذا نافى الشرط مقصود العقد. فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره ، وشُرط في العقد ما ينافي ذلك المقصود ، فقد جمع بين المتناقضين بين إثبات المقصود ونفيـه ، فـلا يحصل شيء ، ومثل هذا الشرط باطلٌ بالاتفاق.[1]

فالشرط إنما يكون منافياً لمقتضى العقد ـ على الصحيح ـ إذا كان في النواحي الأساسية التي إذا شُرط خلافها تعطلت الغاية الشرعية مـن العقد كما لو اشترطت المرأة على زوجها في عقد النكاح أنه لا تحل لـه المتعة بها ، فهنا يبطل العقد والشرط ، إذ لا يبقى للزواج معنـى ، بـل يكون العقد صورياً.[2]

---

[1]- القواعد النورانية/ شيخ الإسلام ابن تيمية :٢٨٨.

[2]- المدخل الفقهي العام/ مصطفى الزرقا : (٥٥٥/١)

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

قال تعالى (**ياأيها الذين آمنُوا أَوفُوا بِالْعقُود أُحلتْ لكُم بهيمةُ الأَنْعـام إِلا ما يتْلَى عليكُم غَير محلي الـصيد وأَنـتُم حـرم إِن اللّـه يحكُـم مـا يرِيد**)[مائدة:١]

وجه الدلالة :

قال أبو بكرٍ الجصاص[1] :"واقتضى قوله تعـالى "أوفـوا بـالعقود" الوفاء بعقود المبايعات والإجارات والنكاحات وجميع ما يتناوله اسم العقد ، فمتى اختلفنا في جواز عقد أو فساده صح الاحتجـاج بقولـه "أوفـوا بالعقود" لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات والإجارات والبيوع وغيرها".[2]

قال في تفسير المنار :" وأساس العقود الثابت في الإسلام هو هـذه الجملة البليغة المختصرة المفيدة (أوفوا بالعقود) وهي تفيد أنه يجب على كل مؤمن أن يفي بما عقده وارتبط به ، وليس لأحد أن يقيد مـا أطلقـه الشارع إلا ببينة منه"[3]

الدليل الثاني: قوله تعالى (**وإِذَا قُلْتُم فَاعدلُواْ ولَو كَان ذَا قُربى وبِعهد اللّه أَوفُواْ**)[الأنعام:١٥٢]

---

[1]- أحمد بن علي الرازي ، أبو بكر الجصاص ، الفقيه الأصولي ، المفسر ، انتهت إليه رئاسة الحنفية في عصره ، له مصنفات كثيرة منها: "أحكام القرآن" "ومختصر اختلاف العلماء" مات سنة:٣٧٠هـ (شذرات الذهب : ٧١/٣)).

[2]- أحكام القرآن/ للجصاص :(٣٦٢/٢.)

[3]-تفسير المنار/ محمد رشيد رضا : (١٢٠/٦)

وجه الدلالة:

قال القرطبي[1] :" (وبعهد ا أفوا) عام في جميع ما عهد ا إلـى عباده ، ويحتمل أن يراد به جميع ما انعقد بين إنسانين. وأضـيف ذلـك العهد إلى ا ، من حيث أمر بحفظه والوفاء به.[2]

الدليل الثالث: (**وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً**)[الإسراء:٣٤]

وجه الدلالة:

قال ابن كثير[3] :"وقوله (وأوفوا بالعهد) أي الذي تعاهـدون عليـه الناس ، والعقود التي تعاملونهم بها ، فإن العهد والعقد كل منهما يـسأل صاحبه عنه.[4]

الدليل الرابع: قوله تعالى (**واتَّقُواْ اللّهَ الَّذِي تَسَاءلُونَ بِـهِ وَالأَرْحَـامَ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً**)[النساء:١]

وجه الدلالة:

قال ابن تيمية "قال المفسرون كالضحاك وغيره ـ : تتساءلون به : تتعاهدون وتتعاقدون. وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل أو ترك أو مال أو نفع ونحو ذلك."[5]

---

[1]- محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري الخزرجي الأندلسي ، أبو عبدالله القرطبي ، من كبار المفسرين، صالح متعبد ، من مصنفاته: "الجامع لأحكام القرآن" و"التذكرة بأحوال الموتى وأحوال الأخرة" مات سنة:٦٧١ هـ . (الأعلام للزركلي:٣٢٢/٥).

[2]- الجامع لأحكام القرآن/القرطبي :١١٥/٩.

[3]- إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي ، أبو الفداء ، عماد الدين ، حافظ مؤرخ فقيه ، من مصنفاته : "تفسير القرآن الكريم" و "البداية والنهاية" و "جامع المسانيد" و"اختصار علوم الحديث" مات سنة ٧٧٤هـ (الأعلام للزركلي:٣٢٠/١).

[4]- تفسير القرآن العظيم/ ابن كثير :٥٦/٣.

[5]- القواعد النورانية/ ابن تيمية ص:٢٧٤.

الدليل الخامس: قوله تعالى (**والـذين هـم لِأمانَـاتهم وعهـدهم راعون**)[المؤمنون:٨]

وجه الدلالة:

قال ابن كثير :"أي إذا اؤتمنوا لم يخونوا بل يؤدنها إلى أهلهـا وإذا عاهدوا أو عاقدوا أوفوا بذلك لا كصفات المنافقين الذين قال فيهم رسول الله صلى الله عليه وسلم "آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعـد أخلف وإذا اؤتمن خان"[1]

الدليل السادس :

عن جابر رضي الله عنه قال : أنه كان يسير على جمل قد أعيا، فأراد أن يسيبه، قال : فلحقني النبي صلى الله عليـه وسـلم فـدعا لـي وضربه فسار سيراً لم يسر مثله ، ثم قال :"بعنيه بأوقية" قلت : لا ، قال : "بعنيه " فبعته بأوقية واشترطت حملانه إلى أهلي ، فلما بلغـت آتيتـه بالجمل ، فنقدني ثمنه ، ثم رجعت فأرسل على أثري ، قال :"أتراني ما كستك لآخذ جمالك ، خذ جملك ودراهمك فهو لك"[2]

وجه الدلالة:

وترجم البخاري[3]على هذا الحديث بقوله:"باب إذا اشـترط البـائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز".

---

[1]- تفسير القرآن العظيم/ ابن كثير :٣١٩/٣.

[2]- أخرجه البخاري (٢١٤١) كتاب الشروط ، باب إذا شرط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز.

[3]- محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخاري ، أبو عبدالله ، الحافظ ،إمام أهل الحديث في زمانه ، صاحب صحيح البخاري أصح كتاب تحت أديم السماء بعد كتاب الله عز وجل ، من أشهر مصنفاته: " الجامع الصحيح" و "تاريخ بغداد" و"الأدب المفرد" وغيرها. توفي رحمه الله سنة:٢٥٦هـ (البداية والنهاية لابن كثير:٥٢٦/١٤ وما بعدها).

قال في فتح الباري:"هكذا جزم بهذا الحكم لصحة دليله عنده"[1]

إذن فحديث جابر يدل بنصه دلالة تامة على صحة اشتراط بعض منافع المبيع المعلوم لمدة معلومة أو مكانٍ معلومٍ ، كما يدل بمفهومه على جواز الشرط المعلوم الحلال عامة.[2]

اعتراض أصحاب القول الأول على حديث جابر:

قالوا بأن هذا الحديث مضطرب[3] ، لأن ألفاظه قد اختلفت ، فبعض الرواة ذكر لفظ الشرط ، وبعضهم ذكر ما يدل على أنه كان على سبيل الهبة ، وبعضهم ذكر الإعارة ، معنى ذلك أن النبي صلى ا عليه وسلم أعار جابر أو وهبه ظهر البعير إلى المدينة بعد أن تم البيع بينهما ، ولم يكن ذلك على سبيل الشرط.[4]

وأجيب عن ذلك بأن الرواية التي جاء فيها ذكر الشرط أصح من الروايات الأخرى التي جاء فيها ذكر الهبة أو الإعارة أو غير ذلك ، كما قال الإمام البخاري رحمه ا :"**الاشتراط أكثر وأصح عندي**"[5]

قال ابن حجر[6] رحمه ا في فتح الباري:" وما جنح إليه المصنف من ترجيح رواية الاشتراط هو الجاري على طريقة المحققين من أهل

---

[1] - فتح الباري شرح صحيح البخاري/ ابن حجر العسقلاني :٣٨٦/٥.

[2] - نظرية الشرط في الفقه الإسلامي/ الدكتور حسن الشاذلي :٥٢٨.

[3]- الحديث المضطرب: هو ما رُوي على أوجه مختلفة متساوية في القوة، فإن رُجحت إحدى الروايات كانت الراجحة صحيحة والمرجوحة شاذة أو منكرة ، وإن امتنع الترجيح كان الحديث مضطرباً. انظر الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث/ أحمد شاكر:٢٢١/١. وتيسير مصطلح الحديث/ محمود الطحان:١١٢.

[4]- المحلى/ ابن حزم:٤١٢/٨ وما بعدها.

[5] - فتح البار ي شرح صحيح البخاري/ ابن حجر العسقلاني :٣٨٦/٥.

[6]-أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني ، أبو الفضل ، شهاب الدين ، ابن حجر ، من أئمة العلم والتاريخ ، حافظ الإسلام في عصره ، اشتهرت مصنفاته في حياته وبعد مماته ومن أشهرها: "فتح الباري شرح صحيح البخاري" و "لسان الميزان" و "تهذيب التهذيب" و "الإصابة في تمييز أسماء الصحابة" وغيرها كثير ، مات سنة:٨٥٢ (الأعلام للزركلي:١٧٨/١).

الحديث ، لأنهم لا يتوقفون عن تصحيح المتن إذا وقع فيه الاخـتلاف إلا إذا تكافأت الروايات ، وهو شرط الاضطراب الذي يرد به الخبر ، وهو مفقود هنا مع إمكان الترجيح "[١]

الدليل السابع: عن عقبة بن عامر رضي ا عنه أن رسـول ا صلى ا عليه وسلم قال :"إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم بـه الفروج"[٢]

وجه الدلالة:

فدل الحديث على استحقاق الشروط بالوفاء، وأن شروط النكـاح أحـق بالوفاء من غيرها.[٣]

الدليل الثـامن: روى أبو داود من حديث سليمان عن أبي هريـرة رضي ا عنه قال : قال رسول ا صلى ا عليه وسلم "الصلح جـائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، والمـسلمون علـى شروطهم"[٤]

وجه الدلالة:

فدل الحديث على أنه يجوز للمشترط أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه ، لكن ليس له أن يبيح ما حرم ا أو يحرم ما أحل ا .[٥]

---

[1]- فتح الباري شرح صحيح البخاري/ ابن حجر العسقلاني :٣٨٧/٥.

[2]- أخرجه البخاري "(٢٧٢١) كتاب الشروط ، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح .

[3]- القواعد النوارنية/ شيخ الإسلام ابن تيمية :٢٨٠.

[4]- أخرجه أبو داود : (٣٥٩٤) كتاب القضاء ، باب في الصلح. وصححه ابن حبان : (٥٠٩١) وصححه الألباني في إرواء الغليل:١٣٠٣.

[5]- القواعد النورانية/ شيخ الإسلام ابن تيمية :٢٨٢.

الدليل التاسع: عن ابن عمر رضي ا عنه أن رسول ا صـلى عليه وسلم قال:"من باع نخلاً قد أبرت فثمرتهـا للبـائع إلا أن يـشترط المبتاع"[١]

وجه الدلالة:

قال في سبل السلام :"دل الحديث على أن الشرط الـذي لا ينـافي مقتضى العقد لا يفسد البيع ."[٢]

واستدل شيخ الإسلام بجملة من النصوص الدالة على وجوب الوفاء بالعهود وأداء الأمانة والنهي عن الغدر ، كقوله صلى ا عليه وسلم "قال ا تعالى : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثـم غـدر ، ورجل باع حراً ثم أكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منـه ولـم يعطه أجره"[٣]

وقوله صلى ا عليه وسلم :"أربع من كن فيه كان منافقاً خالـصاً ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق ، حتى يدعها: إذا حدث ، وإذا وعد أخلف ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر"[٤]

وقوله "ينصب لكل غادر لواء يوم القيامة"[5]

---

[1]- أخرجه البخاري : (٢٣٧٩)كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل.

[2]- سبل السلام شرح بلوغ المرام / محمد بن إسماعيل الصنعاني :(١١٢/٣)

[3]- أخرجه البخاري :(٢٢٢٧) كتاب البيوع ، باب إثم من باع حراً.

[4]- أخرجه البخاري : (٢٤٥٩) كتاب المظالم ،باب إذا خاصم فجر.

[5]- أخرجه البخاري : (٣١٨٨) كتاب الجزية والموادعة ، باب إثم الغادر للبر والفاجر .ومسلم : (١٧٣٥) كتاب الجهاد والسير.

ثم قال بعد ذلك "فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفـاء بـالعهود والشروط و المواثيق والعقود ، وبأداء الأمانة ورعاية ذلك، والنهي عـن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلـك. ولـو كـان الأصل فيها الحظر والفساد ، إلا ما أباحه الشرع ، لم يجـز أن يـؤمر مطلقاً ويذم من نقضها وغدر مطلقاً ، كما أن قتل النفس لما كان الأصـل فيه الحظر إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه ، لم يجز أن يؤمر بقتل الـنفس ويحمل على القدر المباح ، بخلاف ما كان جنـسه واجبـاً ، كالـصلاة والزكاة ، فإنه يؤمر به مطلقاً "[1]

وبذلك فإنه يتضح لنا رجحان القول الثاني ، الـذي يقـضي بـأن الأصل في العقود و الشروط الحل والإباحة ، ولا يحرم منها ولا يبطـل إلا ما دل الشرع على تحريمه أو إبطاله.

قال شيخ الإسلام :"الأصل في العقود رضى المتعاقدين ، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد ؛ لأن ا تعالى قال في كتابه العزيز (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[النساء:٢٩] وقال :(فإن طبن لكـم عـن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً)[النساء:٤] ، فعلق جواز الأكل بطيـب النفس تعليق الجزاء بشرطه ، فدل على أنه سبب له ، وهو حكم معلـق على وصف مشتق مناسب. فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم. وإذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق ، فكذلك سائر التبرعات ،

---

[1] - القواعد النورانية/ ابن تيمية :٢٨٠.

قياساً عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن ، وكذلك قوله (إلا أن تكون تجارةً عن تراض منكم)[النساء:٢٩]، لم يشترط فـي التجـارة إلا التراضي ، فإن تراضى المتعاقدان بتجارة ، أو طابت نفس المتبرع بترع ، ثبت حله بدلالة القرآن ، إلا أن يتضمن ما حرمه ا   ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك."[1]

قال في إعلام الموقعين:"وأما العقود والشروط والمعـاملات فهـو عفو حتى يحرمها ا   ؛ ولهذا نعى ا   سبحانه على المـشركين مخالفـة هذين الأصلين ، وهما تحريم ما لم يحرمه ا   ، والتقرب إليه بمـا لـم يشرعه ، وهو سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفواً لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله ، فإن الحلال ما أحله ا   ، والحرام مـا حرمه ، وما سكت عنه فهو عفو ، فكل شرط وعقد و معاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها ؛ فإنه سكت عنها رحمة منه غير نـسيان وإهمال ، فكيف وقد صرحت النصوص على الإباحة فيما عدا ما حرمه"[2]

---

[1]- القواعد النورانية/ ابن تيمية :٢٨٨.

[2]- إعلام الموقعين /ابن القيم الجوزية : ٣٢٣/١.

المطلب الثاني:

أنواع الشروط عند المضيقين من نطاق حرية الشروط العقدية.

الفرع الأول : أنواع الشروط العقدية عند الحنفية.

يقسم فقهاء الحنفية الشروط العقدية إلى ثلاثة أقسام :

١ ـ شرط صحيح

٢ ـ شرط فاسد

٣ ـ شرط باطل.

وسوف نتناول بيان مرادهم من كل قسم من هذه الأقسام

أولاً: الشرط الصحيح.

فالشرط الصحيح عند الحنفية هو الشرط الذي يقتضيه العقـد ، أو الذي يلائم مقصود العقد أو الذي جرى به التعامل بين الناس.[١]

أ ـ الشرط الذي يقتضيه العقد.

وهو الشرط الذي يجب بمجرد العقد ، وذكره في العقد إنما زيـادة تأكيد فقط ، مثاله: كما لو اشتراط المشتري في عقد البيع أن يتملك المبيع ، فهذا الشرط واجب بمقتضى العقد ولا حاجة لاشتراطه ، وإنمـا ذُكـر زيادة تأكيد فقط.[٢]

---

[1]- أحكام المعاملات الشرعية/ الشيخ علي الخفيف:٢٣٠.

[2]- بدائع الصنائع / للكاساني:١٧١/٥

وصحة هذا الشرط أمر بدهي ، إذ هو محض تقرير لمقتضى العقد ، ومقتضى العقد لازم دون شرط ، فشرطه تأكيد وبيان.[١]

ب ـ الشرط الذي يلائم العقد.

وهو الشرط الذي لا يجب بمقتضى العقد ، لكنه يؤكد ويقـرر مـا يجب بمقتضى العقد ، مثاله: كاشتراط البائع على المـشتري أن يعطيـه رهناً بالثمن المؤجل ، فالرهن لا يجب بمقتضى العقد لكنه يؤكـد الـثمن والثمن الواجب بمقتضى العقد.[٢]

فهذا الشرط يجيزه الحنفية على سبيل الاستحسان ، ملحقينـه مـن حيث المعنى بالشرط الذي يقتضيه العقد.[٣]

ج ـ الشرط الذي جرى به التعامل.

وهو الشرط الذي جرى به عرف ظاهر بين الناس ؛ لأن الثابـت بالعرف ثابت بدليل شرعي ؛ ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بينا.[٤]

ولا يزال الشرط الذي يجري به التعامل إنما تثبت له الصحة فـي المذهب الحنفي على سبيل الاستحسان، أما في القياس فلا يجوز[٥].

1- مصادر الحق في الفقه الإسلامي / عبدالرزاق السنهوري:(١٠٧/٣).

2- بدائع الصنائع ، للكاساني :١٧١/٥. والمبسوط / السرخسي : ١٩/١٣.

3- مصادر الحق في الفقه الإسلامي / عبدالرزاق السنهوري:١١٦/٣.

4- المبسوط : ١٤/١٣ـ ١٥.

5- مصادر الحق في الفقه الإسلامي / السنهوري: (١٢٠/٣).

ثانياً :الشرط الفاسد

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، ولا يلائمه ، ولم يجر العرف بجوازه ، ويكون فيه منفعة، لها صاحب يطالب بها ، سواء كانت هذه المنفعة لأحد المتعاقدين أو لأجنبي غيرهما أو للمعقود عليه إذا كان أهل الاستحقاق (أي أدمياً)، فهذا النوع من الشروط فاسد ويؤدي إلى فساد العقد.[١]

ثالثا: الشرط الباطل .

والشرط الباطل عند الحنفية هو ما ليس موافقاً لمقتضى العقد ، ولا مؤكداً له ، ولم يرد به أثر ، ولم يجر به عرفٌ ، وليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا لغيرهما ممن هو من أهل الانتفاع.[٢]

[1]- المبسوط / السرخسي : (١٥/٣). وبدائع الصنائع/ الكاساني : (١٦٩/٥). وفتح القدير / لابن الهمام : (٢١٥/٥). مصادر الحق في الفقه الإسلامي / السنهوري : (١٢٦/٣)

[2]- المبسوط / السرخسي : (١٥/١٣). الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية/محمد أبو زهرة : (٢٤٠).

الفرع الثاني : أنواع الشروط العقدية في المذهب المالكي.

ذكرتُ مذهب المالكية ضمن المذاهب المضيقة لنطاق حرية الشروط العقدية تبعاً لما ذكره بعض الفقهاء المعاصرين[١] ، مع أن المتأمل لنصوص المالكية في هذا الباب يجدهم إلى التوسيع أقرب منهم إلى التضييق ، لذلك تجدهم لا يتخذون من حديث نهى عن بيع وشرط أصلاً في إبطال الشروط كما يفعله غيرهم ، بل إنهم يحملون معناه على الشرط الذي يناقض مقصود العقد ، والمناقض لمقصود العقد عندهم ليس هو المخالف لمقتضى العقد كما يقوله الحنفية ، بل المراد به ما لا يتم معه المقصود من العقد ، كما لو شرط البائع على المشترى ألا يبيع السلعة ولا يهبها ونحو ذلك من الشروط التي لا يتم معها مقصود عقد البيع ، وهو الملك التام للسلعة[٢].

وقد قسم المالكية الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أقسام: شروط صحيحة ، وشروط باطلة ويبطل معها العقد ، وشروط تبطل ويصح معها العقد.

أولاً: الشرط الصحيح

الشرط الصحيح عند المالكية: هو الشرط الذي يحقق مصلحة العقد أو أحد المتعاقدين.[٣]

---

[1]- الملكية ونظرية العقد / أبو زهرة :٢٤٣. المدخل الفقهي العام/ الزرقا:٥٥٠/١).

[2]- حاشية الخرشي على مختصر خليل:٤٠١/٥. أحكام المعاملات الشرعية/الشيخ علي الخفيف:٢٣٢. الشروط التعويضية / الدكتور عياد العنزي :١١٠/١.

[3]- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٦٥/٣). نظرية الشرط في الفقه الإسلامي/ حسن الشاذلي: (٢٤٩).

ويشمل ذلك ما يلي:

١ ـ الشرط الذي يكون ملائماً للعقد .

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ، وهو من مـصلحته كشرط الرهن على الثمن وشرط الكفيل ونحو ذلك.[١]

٢ـ اشتراط منفعة في المعقود عليه.

أن يتشرط أحد العاقدين منفعةً معلومةً في المعقود عليه كما لو باع شخص داره لآخر واشترط سكناها أشهر معلومةً أو سنةً أو بـاع دابتـه واشترط ركوبها ثلاثة أيام ونحو ذلك.[٢]

٣ـ اشتراط معنى من معاني البر.(بشرط التعجيل)

كأن يبيع عقاراً ، ويشترط على المشتري وقفه مسجداً تقـام فيـه الصلوات،فإن كان التنفيذ مشروطاً فيه التعجيل جاز وصح العقد والشرط، وإن لم يكن التعجيل مشروطاً فيه لم يصح ، للغرر الـذي يفـضي إلـى التنازع في الزمن الذي يجب فيه إنشاء الوقف أو البر.[٣]

ثانياً : الشروط الباطلة.

تنقسم الشروط الباطلة في المذهب المالكي إلى قسمين :

١ ـ شروط باطلة تبطل العقد إلا إذا أسقطها المشترط.

٢ ـ شروط باطلة لا تبطل العقد

---

[1]- حاشية الخرشي على مختصر خليل :٤٠٤/٥ ـ ٤٠٥.

[2]- بداية المجتهد ونهاية المقتصد/ ابن رشد : ٥٢٥.

[3]- الشرح الكبير/ أحمد الدردير : (٦٦/٣). بداية المجتهد ونهاية المقتصد/ ابن رشد : ٥٢٥. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية/ محمد أبو زهرة :٢٤٢.

القسم الأول: شروط باطلة تبطل العقد إلا إذا أسقطها المشترط.

وهي الشروط التي تناقض مقتضى العقد ، أو الشروط التي تخل بالثمن.[١]

وقد وضح المذهب المالكي بأن الشرط المناقض لمقتضى العقد هو الشرط الذي لا يتم معه المقصود من العقد ، فمن المعلوم أن العقد له أحكام وآثار ترتب عليه عند صدوره، مستوفياً لأركانه وشرائطه المعتبرة شرعاً ، فإذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطاً يحول دون ترتب هذه الأحكام والآثار، كان هذا الشرط مناقضاً للمقصود من العقد ، فكان باطلاً.[٢]

وحكم هذه الأنواع من الشروط أنها تبطل العقد ، إلا إذا أسقط المشترط شرطه.[٣]

قال أبو زهرة :"وقد انفرد مالك من بين الفقهاء برأي في الشروط التي تفسد العقود ، وهو أن الشرط الذي يفسد العقد وإن لم يتمسك به مشترطه ينقلب العقد صحيحاً ، لزوال سبب الفساد ، وقد خالفه في ذلك جمهور الفقهاء ، ووجهة نظره في ذلك: أن الفساد جاء بسبب الشرط لمعنى معقول فيه معال به ، وهو وجود الشرط المنافي لمعنى العقد ومقتضاه ، فإذا زالت تلك العلة التي أوجدت الفساد زال معها."[٤]

---

[1]- مواهب الجليل شرح مختصر العلامة خليل / للحطاب :٢٤١/٦.

[2]- حاشية الخرشي على مختصر خليل : (٤٠١/٥). وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٦٦/٣). نظرية الشرط / حسن الشاذلي :٢٢٦. والملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية/ محمد أبو زهرة : (٢٤١).

[3]- حاشية الخرشي على مختصر خليل :٤٠٤/٥.

[4]- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية/ أبو زهرة : ٢٤٢.

القسم الثاني : شروط باطلة لا تبطل العقد.

وهو الشرط الذي يؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد، كما لـو باع سلعة بثمن مؤجل وشرط على المشتري إن لم يأت بالثمن إلى الأجل المحدود فلا بيع بينهما.[1]

أو الشرط الذي يخالف النص ، مثاله: أن يبيـع أمـة أو عبـداً ، ويتشرط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري، فمثل هذا قالوا يصح العقد ويبطل الشرط ، لحديث بريرة.[2]

---

[1] - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (١٧٦/٣). نظرية الشرط في الفقه الإسلامي/ حسن الشاذلي: (٢٧٦).

[2] - بداية المجتهد ونهاية المقتصد/ ابن رشد ٥٢٥.

الفرع الثالث: أنواع الشروط العقدية عند الشافعية

تقسيم الشروط عند الشافعية يتقارب مع التقسيم الذي يذكره الحنفية.

القسم الأول: الشروط الصحيحة:

وهي الشروط التي توافق مقتضى العقد كشرط تسليم الثمن أو الرد بالعيب ، فهذه الشروط هي بيان لما يقتضيه العقد.[1]

وكذلك الشروط التي من مصلحة العقد ، أي أن العقد لا يقتـضيها لكن فيها مصلحة له ، كشرط الخيار والأجل والكفيـل، فهـذه الـشروط صحيحةٌ عندهم ؛ لأن الشرع ورد بها والحاجة تدعوا إليها.[2]

القسم الثاني : الشروط الباطلة التي تبطل العقد.

وهو الشرط الذي ليس في مصلحة العقد ويورث غرراً يؤدي إلـى التنازع ، أو فيه منع لمقتضى العقد الذي أقره الشارع ، كشرط قرض مع بيع ، وكشرط ألا يتصرف المشتري في المبيع ببيع .[3]

---

[1] - المهذب :٥٠/٣.

[2] - المرجع السابق :٥١. روضة الطالبين للنووي: (٦٨/٣).

[3] - مغني المحتاج/ للشربيني :٣١/٢. المهذب/ الشيرازي :٥٢/٣. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية/ محمد أبوزهرة:٢٤٣.

القسم الثالث:شروط باطلة لا تبطل العقد.

وهو الشرط الذي ليس فيه نفع لأحد يستحق الانتفاع ، فهذا حكمه أنه شرط لاغ لا يضير العقد ، ولا يفسده ، ولا يجب الوفاء به. كما لو باع عبداً وشرط على المشتري ألا يأكل إلا الهريسة أو باعه بشرط ألا يلبس إلا الخز أو الكتان.[1]

[1] - مغني المحتاج/ الخطيب الشربيني:٣٤/٢. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية/ محمد أبو زهرة:٢٤٣.

المطلب الثالث :

التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية في القانون

يرى أنصار المذهب الاجتماعي أن القـوة الملزمـة للعقـد تجـد مصدرها الرئيسي في إرادة المشرع الذي يجبر على الوفـاء بـالعهود ، وأن إرادة المتعاقدين لا تولد الآثار القانونية للعقد ، إنما يقتصر دورهـا على تحريك القانون الموضوعي وجعله يرتب الآثار القانونيـة للعقـد. فالقانون من وجهة نظرهم هو الذي يرسم حدود المـشروعية للعقـود ، فيقرر ما يراه مناسباً من القيود على الإرادة لإعادة التوازن إلـى العقـد وحماية أطرافه كما أن حرية التعاقد إذا أطلقت ، تؤدي إلـى الفوضـى الاجتماعية ، وما يستتبع ذلك من أضرار على الصعيدين : الاقتصادي ، والمالي ، وهو أمر يتعارض من المصلحة العامة.[١]

أساس المذهب الاجتماعي:

ينظر المذهب الاجتماعي إلى الإنسان علـى اعتبـار أنـه كـائن اجتماعي مرتبط بغيره من الناس داخل المجتمع ومتضامن معهـم فـي سبيل تحقيق مصلحة الجماعة التي تضمهم، ولا ينظر إليه على أساس أنه فرد منعزل مستقل عن الجماعة التي يعيش فيها ، فالمجتمع في نظر هذا

[1] - النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون / د بهاء الدين العلايلي :١/٧٤-٧٥.

المذهب ليس جمعاً من الأفراد المستقلين المنعزلين ، لكنه وحدة متجانسة ، يجب أن يوجه أفرادها إلى غاية مشتركة ، هي مـصلحة المجمـوع. فالجماعة أو المجتمع - في ظل المذهب الاجتماعي - هي محل نظـر القانون ورعاية مصلحته ، وبتحقق مصلحته تتحقق مصلحة الأفراد.[١]

كما أن المذهب الاجتماعي ينظر بعـين الاعتبـار إلـى الفـروق الواقعية بين الأفراد من حيث القوة والضعف ، خلافاً للمـذهب الفـردي الذي يغفل هذه الفروق تماماً وينظر إلى الفرد باعتباره فرداً مجرداً مـن أي وصف آخر.[٢]

وعلى هذا الأساس فإنه يجب عدم إطلاق العنان لـلإرادة الفرديـة تنشئ ما تشاء من الروابط القانونية ، وترتب عليها ما تشاء من الآثـار والالتزامات ، بدعوى أن الإرادة هي صاحبة السلطان ، ويجـب علـى القانون الذي تضعه الجماعة ، أن يتولى بنفسه تنظـيم جميـع الـروابط القانونية ، على نحو يمنع استغلال بعض الأفراد لبعض ؛ ولتحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة الفعلية في المجتمع.[٣]

وترتب على ذلك أن اتسعت دائرة النظام العام في ظـل القـوانين التي تأخذ بهذا المذهب ، وتعددت أسباب بطلان الشروط العقدية ، ولـم يعد لمبدأ سلطان الإرادة من نفوذ فعلي إلا في مجال محدود[٤]:

وتبدت هذه القيود في بعض النواحي التالية:

1- المدخل إلى القانون/ حسن كيره : ١٧١.
2- المرجع السابق : ١٧٢.
3- نظرات في الشريعة الإسلامية/ عبدالكريم زيدان : ٢٤.
4- النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون / بهاء الدين العلايلي : ٧٨.

١ ـ تنظيم بعض العقود من قبل المنظم.

مثل تسعير المواد الغذائية والمستلزمات الطبية ومواد البناء ، وعلى ذلك لم تعد الإرادة العقدية للمتعاقدين هي المحددة لكافة آثار العقـد ، بـل إن إرادة الدولة أصبحت هي المحددة لأكثر آثار هذه العقود.[١]

٢ ـ تعديل القاضي للشروط التعسفية في عقود الإذعان.

عقد الإذعان: هو العقد الذي يكون القبول فيه مجرد إذعان لمـا يمليـه الموجِب. أي أن الرضا والقبول المعبر عنه في عقد الإذعان لا يـصدر بعد مناقشة ومفاوضة مع الموجِب كما يحصل في العقود الأخرى.[٢]

والقبول في هذه العقود لا يعدو كونه نوعاً من الرضوخ والتـسليم والإذعان ، ويرجع ذلك في الغالب إلى التفاوت الاقتصادي والاجتمـاعي في مركز المتعاقدين ، الأمر الذي يؤدي إلى اختلال التوازن فـي العقـد ويستدعي تدخل المنظم لإعادة التعادل قدر الإمكان بين الالتزامات حماية للطرف المذعن. لذا رأى المنظم في كثير من الدول أن يخول القاضـي هذه الحمايـة، كما يكون للقاضي - خلافاً للمبدأ العـام الـذي يقـضي بتفسير الشك لمصلحة المدين - أن يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أو مديناً.[٣]

٣ ـ إلزام المتعاقدين بالتزامات لم ترد في العقد.

مثل التزام توفير السلامة في عقود النقل وعقود العمل.

٤ ـ إنقاص التزامات المغبون.

---

[1]- النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون/ بهاء الدين العلايلي : ٧٩/١.
[2]- نظرية العقد/ السنهوري:٢٧٩/١.
[3]- النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون/ بهاء الدين العلايلي:٧٩/١.

الغبن: هو عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه.[1]

في ظل المذهب الاجتماعي يجب على القانون أن يتدخل لمنع الغبن في العقود ، ولا يترك المتعاقدان يتصارعان ، حتى لا يغلب القوي الضعيف ، بل على القانون أن يتقدم لحماية الضعيف: بأن يضع جزاء على الغبن.[2]

وبسبب تأثر بعض من الأنظمة العربية بالمذهب الاجتماعي ، فقد نصت هذه الأنظمة على أنه يجوز للمغبون من القاضي تعديل العقد بالصورة التي يزول معها الغبن في حقه.[3]

٥ ـ تعديل التزامات العقد.

قد يتدخل المشرع في بعض الأحوال لتعديل التزامات العقد في غير عقود الإذعان بغية حفظ التوازن بين التزامات المتعاقدين كما في في حالة الظروف الطارئة[4] أو من أجل إبطال شرط يرى أنه مخالف للنظام العام.[5]

1- نظرية العقد / السنهوري : ٤٤٦/١.
2- نظرية العقد/ السنهوري :٤٤٧/١.
3- النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون/ بهاء الدين العلايلي: ٤١٤/١.
4- تعريف نظرية الظروف الطارئة : هي أنه إذا طرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري حوادث استثنائية عامة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقاً للمدين ومهدداً له بخسارة فادحة ، فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل ليوازن بين مصالح الطرفين ويرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.(ينظر الأسس العامة للعقود الإدارية/ سليمان الطماوي:٦٣٧-٦٣٨.)
5- النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي / د بهاء الدين العلايلي :٧٨/١وما بعدها.

المطلب الرابع:

المقارنة بين الفقه والنظام في التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية.

إذا نظرنا إلى المبدأ الذي تمسك به المضيقون من نطاق حرية الشروط العقدية في الفقه الإسلامي، وهو: أن لكل عقد في الشرع أحكاماً أساسيةً تسمى (مقتضى العقد) نص عليها الشرع مباشرةً أو استنبطها الاجتهاد وأثبتها حفظاً للتوازن بين العاقدين في الحقوق ، وأنه ليس للعاقدين أن يشترطا من الشروط ما يخالف مقتضى العقد .

نجد أنه يتفق في الفكرة إلى حد كبير مع ما قرره المضيقون في من نطاق الشروط العقدية في القانون الوضعي، وذلك في قولهم إن القانون هو الذي يحدد الآثار القانونية للعقد ، وإنما يقتصر دور إرادة العاقدين على تحريك القانون الموضوعي وجعله يرتب الآثار القانونية.

وبتدقيق النظر في نصوص الفقهاء المضيقين لنطاق حرية الشروط العقدية في كافة المذاهب نجد أن علة فساد الشروط عندهم - المستنبطة من النصوص الشرعية الواردة في هذا الباب - هي الجهالة والغرر المفضيان إلى النزاع.

ونص على ذلك صراحةً الخطابي[1] رحمه ا حيث قال:" وأما ما يفسد البيع من الشروط فهو كل شرط يدخل الثمن في حد الجهالة ، أو

[1] -حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي ، أبو سليمان ، أحد المشاهير الأعيان والفقهاء المحدثين المكثرين ، له من المصنفات: "معالم السنن" ، "شرح صحيح البخاري" توفي عام: ٣٨٨هـ (البداية والنهاية:٤٧٩/١٥)

يوقع في العقد أو في تسليم الثمن غرراً ، أو يمنع المشتري من اقتـضاء حق الملك من المبيع"[1]

وأما المضيقون لنطاق حرية الشروط العقدية من شراح القـانون ، فهم يعللون ذلك بحماية الصالح العام ، وإعـادة التـوازن الاقتـصادي ووجوب تنظيم الروابط القانونية لتحقيق العدالة الاجتماعية بين الأفراد.

وهذا التعليل قريب من حيث المعنى من التعليل الذي ذكره الفقهاء لفساد الشروط العقدية ؛ لأن منع وجود الجهالة والغرر في العقود هو في الحقيقة لأجل تحقيق العدالة الاجتماعية وإعادة التـوازن الاقتـصادي ، الأمر الذي يؤكد سبق الفقه الإسلامي للقوانين الوضعية في تقرير هـذه المبادئ ، فمن المعلوم اتفاق جميع فقهاء المذاهب على تحـريم الغـرر الفاحش في العقود ، وإنما اختلفت أنظارهم في مقدار الغرر الذي تـسمح الحاجة بوجوده ، واختلافهم في نطاق حرية الشروط العقدية هو فرع عن اختلافهم في ذلك ، وقد أشار شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه ا إلى ذلـك حينما ذكر أن أشد المذاهب قولاً في الغرر هـو مـذهب أبـي حنيفـة والشافعي وأعدل المذاهب في ذلك هو مذهب أحمد ومالك.[2]

وما ذكره الشيخ رحمه ا يفسر لنا ضيق دائرة حريـة الـشروط العقدية في مذهب أبي حنيفة والشافعي واتساعها في مذهب مالك وأحمد.[3]

1- معالم السنن شرح سنن أبي داود/ الخطابي:١٢١/٣.
2- مجموع الفتاوى/ ابن تيمية:(٣٠/٢٩-٣١).
3- راجع ص : (٤٥) فقد ذكرت فيها سبب إيراد مذهب المالكية ضمن المذاهب المضيقة لنطاق حرية الشروط العقدية مع أن مذهب مالك قريب جداً من مذهب أحمد في هذا الباب.

و يختلف فيها الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي في هذا الباب: في أن الفقه الإسلامي قد قضى ببطلان العقد إذا لحقـه بعـض أنـواع الشروط الباطلة ، لذا فهم يقسمون الشروط الباطلة إلى:١ـ شروط باطلة تبطل العقد. ٢ـ وشروط باطلة لا تبطل العقد. على اختلاف واسع بينهم في تحديد ما يدخل تحت كل قسم من هذين القسمين على النحـو الـذي فصلته سابقاً.

في حين أنني لم أجد مثل هذا التقسيم عند شراح القوانين الوضعية ، كما أنهم لا يذكرون ضمن أسباب بطلان العقد: وجود شرط باطل فـي العقد ؛ بل إن أسباب بطلان العقد في القانون الوضعي محـصورةٌ فـي الأمور التي تؤدي إلى وقوع خللٍ في أركان العقد الأساسـية (الرضـا ، والمحل ، والسبب).[1]

لذا فإن الذي يظهر لي أن بطلان الـشرط العقـدي فـي القـانون الوضعي ليس له أثر على صحة أصل العقد من عدمها ، وإنما يقتـصر أثره على عدم الالتزام بهذا الشرط وإمكانية إلغائه عن طريق القضاء.

---

[1] ـ نظرية العقد/ السنهوري:٦٠٨/٢.

المبحث الثاني :

التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية.

المطلب الأول :

أنواع الشروط عند الموسعين من نطاق حرية الشروط العقدية في الفقه الإسلامي.

مر معنا فيما سبق أن المذاهب الثلاثة الحنفية والمالكية والشافعية تتفق على أن الأصل في الشروط هو الفساد ، إلا أن المذهب المالكي قد أخذ بحديث النهي عن بيع وشرط ، وحديث بريرة ، وحديث جابر ، ومن هنا كان الميدان أمامه فسيحاً في القول بصحة كثير من الشروط.

وأما الحنابلة فهم أكثر الفقهاء تصحيحاً للشروط ، حيث يرون أن الأصل الإباحة لا الحظر ، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الدليل على تحريمه وإبطاله بنص أو قياس .

الفرع الأول

أقسام الشروط عند المذهب الحنبلي:

أولاً الشروط الصحيحة:

١ ـ شرطٌ يقتضيه العقد.

كالبيع بشرط التقابض ، أو بشرط التصرف في المبيع ، أو يشترط الخيار في المجلس ، فهذا لا يفيد حكماً ، ولا يؤثر في العقد ، لأنه بيـان وتأكيد لمقتضى العقد، ووجوده كعدمه.[١]

٢ ـ الشرط الذي من مصلحة العقد ، كاشتراط تأجيل الـثمن فـي البيع ونحوه إلى أجلٍ معلومٍ أو الخيار ، وكاشتراط الـرهن أو الـضمين بالثمن المؤجل على المشتري، وكاشتراط الإشهاد على العقد، وكاشتراط المشتري صفةً مقصودةً في المبيع ، ككون العبد كاتباً أو صانعاً أو الدابة حلوباً.[٢]

٣ ـ الشرط الذي ليس من مقتضى العقد ، ولا من مصلحته ، ولكن لا ينافي مقتضاه ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولم يـرد فـي الـشرع النهي عنه ، كاشتراط البائع نفعاً معلوماً في المبيع ، مثل أن يبيع الـدار ويستثني سكناها شهراً ، أو يبيع جملاً ويشترط ركوبه إلى مكان معلوم ، أو عبد ويشترط خدمته مدة معلومة.[٣]

---

[1]- المغني/ ابن قدامة المقدسي:٣٢٣/٦. وكشاف القناع/ منصور البهوتي : ٢١٨/٣.

[2]- المغني /ابن قدامة:٣٢٣/٦.

[3]- كشاف القناع /منصور البهوتي : ٢١٩/٣ـ ٢٢٠.

٤ ـ شرطٌ ينافي مقتضى العقد لكن ورد في الشرع جوازه ، مثـل أن يتشرط البائع على المشتري عتق العبد.[١]

ثانياً:الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد:

الشروط المنافية لمقتضى العقد ولكنها لا تلغي المقصود منه ، مثل الشروط التي تؤدي إلى منع تصرف عام أو خاص في المعقود عليـه ، كما لو باع شيئاً وشرط على المشتري أن لا يهبه أو لا يعتقه أو لا يبيعه إلا على فلان.

أو الشروط التي تؤدي إلى إيقاع تصرف معينٍ في محل العقـد ، كما لو باع شيئاً وشرط على المشتري أن يبيعه أو يهبه.

أو الشروط التي تؤدي إلى مخالفة أحكـام النـصوص الـشرعية المترتبة على الملك ، كما لو باع رقيقاً وشرط على المشتري إن اعتقـه فالولاء له ، أو اشترى شيئاً وشرط على المشتري أن لا خسارة عليـه ، أو أنه متى نفق المبيع وإلا رده.[٢]

وأورد ابن تيمية رواية عن الإمام أحمد تجيز الشرط الذي يـؤدي إلى تقييد بعض أنواع التصرف في المبيع فقال :"وعلى أكثر نصوصه يجوز أن يشترط على المشتري فعلاً أو تركاً في المبيع مما هو مقـصود للبائع ، أو للمبيع نفسه ، وإن كان أكثر متأخري أصحابه لا يجوزون من ذلك إلا العتق ، وقد يروى ذلك عنه لكن الأول في كلامه أكثر ."[٣]

---

[1]- المغني/ ابن قدامة المقدسي :٣٢٤/٦.

[2]- المغني:٣٢٥/٦. كشاف القناع/ البهوتي:٢٢٣/٣. نظرية الشرط في الفقه الإسلامي / حسن الشاذلي :٣٢٥.

[3]- القواعد النورانية/ ابن تيمية :٢٧٢ـ ٢٧٣.

القسم الثالث: الشروط الباطلة التي تبطل العقد.

١ ـ اشتراط عقد في عقد.

كأن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر، أو يشتري منه أو يؤجره ، أو يقرضه ، أو نحو ذلك ، فهذا الشرط باطل يبطل بـه العقـد علـى المشهور من المذهب ؛ لأن النبي صلى ا عليه وسلم قال:"لا يحل سلفٌ وبيع ولا شرطان في بيع"[١]. قال في المغني:"الثاني ، أن يشترط عقداً في عقد ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر ، أو يشتري منه منه أو يؤجره ، أو يسلفه ، أو يصرف له الثمن أو غيره ، فهذا شرط فاسـد يفسد به البيع"[٢]

٢ ـ اشتراط ما ينافي مقصود العقد.

كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يملك المبيع أو لا يتصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرف.[٣]

1- سبق تخريجه:٢٩

2- المغني/ ابن قدامة :٣٢٥/٦.

3- مجموع الفتاوى/ ابن تيمية : ١٥٦/٢٩.

المطلب الثاني :

التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية في القانون.

يرى أنصار المذهب الفردي أن الإرادة هي التي ترتب أثار العقود ، فمنشأ الالتزامات يرجع إلى الإرادة الحرة ، وكذلك الأثر الذي يترتـب على الالتزام هو خاضع للإرادة أيضاً ، ولهذا الأصل ناحيتين:

الناحية الأولى: أن كل ما ارتضاه الملتزم ديناً فـي ذمتـه يكـون صحيحاً ، وينتج أثره ، لأن التزامه إنما بني على إرادته ، فلا يـصح أن تقيد من أثر العقد بدعوى أن هناك غبناً لحق أحد المتعاقدين ، مادام مـن وقع عليه الغبن قد ارتضاه ، وليس المهم في العقد أن يكون هناك تعادل بين الشيئين المتبادلين ، بل يكفي أن يكـون التعـادل بـين الشخـصين المتعاقدين وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة.

الناحية الثانية: أن العقد ، قد تم بتوافق إرادتين مستقلتين لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين ، فلا يستقل أحد المتعاقدين بتعديلـه ، ولا يجوز للقاضي بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يعدله أو يضيف إليه ما ليس منه.[١]

هذه النتيجة التي توصل إليها مبدأ سلطان الإرادة في باب الشروط العقدية بعد وصوله للقمة. ولا شك أن فلسفة المذهب الفـردي الـسالف

[1]- نظرية العقد/ عبدالرزاق السنهوري :١/١٠٠ـ ١٠١.

ذكرها هي سبب وصول مبدأ سلطان الإرادة لهذه النتائج في باب الشروط العقدية.

و مر معنا سابقاً أن مبدأ سلطان الإرادة بعد وصوله لهذه النتـائج انتكص بسبب بعض العوامل الاقتصادية والسياسية التي أدت إلى انتشار روح الاشتراكية ، ثم إنه استعاد بعد ذلك وجوده لكن على أسس جديدة .[١] حتى استقر أخيراً على النظرية التي تقضي بأن: **السلطان الأصلي فـي إنشاء العقد وفي تحديد التزاماته إنما هو لإرادة العاقدين ، ولكـن فـي حدود معينة يحددها التـشريع وفقـأ للمـصالح الفرديـة الاجتماعيـة والاقتصادية والسياسية**. وهذه الحدود والقيود التي يقيد بها التشريع مبدأ سلطان الإرادة تختلف باختلاف أنواع الحقوق والعقود وموضوعاتها:

ففي الحقوق العامة والالتزامات الناشئة عنهـا لا سـلطان لإرادة الملتزم أصلاً ، بل للقانون وحده.

وفي عقد الزواج ونتائجه ينحصر سلطان إرادة العاقدين في أصـل العقد ، أي في قبول التعاقد أو رفضه بمحض حريتهما.

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال ، فإن الإرادة فيهـا تنشط تدرجاً .

ففي الحقوق العينية يتسع مجال سلطان إرادة العاقدين في تحديد أثار العقد ، أما في تكوينه فيخضع لمراسم شكلية في التسجيل يفرضها القانون .

---

[1] - الوجيز في النظرية العامة للإلتزام/ عبدالرزاق السنهوري :٣٢

وأما في الحقوق الشخصية والالتزامات فهي الميدان الأوسع لمبدأ سلطان الإرادة العقدية ضمن حدود الآداب العامة والنظـام العـام والنـصوص القانونية الخاصة عندما تكون آمرة بحكم إلزامي.[1]

---

[1]- المدخل الفقهي العام/ الزرقا : ٥٨٧/١ ـ ٥٨٨.

المطلب الثالث:

المقارنة بين الفقه والنظام في التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية.

يعد رأي الموسعين لنطاق حرية الشروط العقدية في ميزان المقارنة بين الشريعة والقانون ، من الآراء الجديرة بالاعتبار ، فهو من ناحية يعد مذهباً وسطاً بين الاتجاه المقيد من حرية الشروط العقدية - في الشرع والقانون - وبين القائلين بسلطان الإرادة بإنشاء الآثار العقدية وترتيبها في الفقه العربي والغربي الحديث.

وهو من ناحية أخرى ، يعد أقرب الاجتهادات الشرعية إلى الاتجاهات القانونية المعاصرة التي ظهرت في الآونة الأخيرة من هذا العصر ونادت بتدخل الدولة في تكوين العقد وتحديد مضمونه لإعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين وحماية الطرف الضعيف في التعاقد والحد من الاستغلال. فإرادة الطرفين لم تعد في الفقه القانوني الحديث هي المصدر الوحيد للالتزامات والحقوق ، بل يشاركها في ذلك القانون و العرف والعدالة.[1]

ويختلف رأي الموسعين في الفقه الإسلامي عن رأي الموسعين في القانون الوضعي في النواحي التالية:

الناحية الأولى :مبدأ جعلية آثار العقود.

[1] - النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون/ د ـ بهاء الدين العلايلي :٩٩/١ـ ١٠٠.

القاعدة المستقرة عند عامة فقهاء المسلمين - حتى الموسعين - أن آثار العقود وأحكامها تكون من ترتيب الشارع لا من العاقد. إلا أن الفقهاء الموسعين ، قد توسعوا في الشروط التي لا تعد مخالفة لمقتضى العقد في الشرع من خلال التضييق على معنى مقتضى العقد الذي قرره الشارع ، فقالوا بأن مقتضى العقد الذي لا تجوز مخالفته هو ما جاء به النص ، فكل شرط خالف ذلك المقتضى الضيق في معناه فهو باطل ، وما عداه فهو صحيح. بل إن تنفيذ الشرط الغير مخالف لمتقتضى العقد إنما يكون بحكم الشارع الذي أمر بالوفاء بالعهود.[١]

أما في نظر القوانين الوضعية الموسعة من نطاق حرية الشروط العقدية ، فإن آثار العقد تكون من وضع المتعاقدين ، بناء على القاعدة القانونية القائلة: العقد شريعة المتعاقدين.

الناحية الثانية: في القيود الواردة على الشروط العقدية.

قاعدة أن الأصل في العقود والشروط الحل والإباحة مخصوصة بكل ما حرمه ا ورسوله من أنواع الشروط والعقود.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : "فلا ينتفع بهذه القاعدة في أنواع المسائل إلا مع العلم بالحجج الخاصة في ذلك النوع ، فهي بأصول الفقه - التي هي الأدلة العامة - أشبه منها بقواعد الفقه التي هي الأحكام

[1] - أصول الفقه/ محمد أبو زهرة:٥٨.

العامة. نعم من غلب على ظنه من الفقهاء انتفاء المعارض في مسألة خلافية أو حادثة انتفع بها."[1]

وأساس فساد العقود المالية في الفقه الإسلامي راجع إلى أمرين هما: الربا وما يؤدي إليه ، والميسر وما يؤدي إليه، وما في معناه كالغرر الفاحش.[2]

وأما في عقود النكاح ونحوها فيحرم من الشروط ما جاء النهي عنه من الشارع ، أو ما ينافي مقصود العقد ، كما لو اشترطت المرأة على زوجها ألا يستمتع بها ونحو ذلك.[3]

وأما في القوانين الوضعية فإن حرية الشروط العقدية في العقود المالية وغيرها محدودة بالقيود التي يفرضها النظام العام والآداب العامة.

واختلف شراح القوانين اختلافاً طويلاً في تعريف النظام العام ؛ لأن النظام العام فكرة مرنة ومفهومها يختلف من مجتمع لآخر، بل ويختلف داخل المجتمع الواحد من زمن إلى زمن ، ويتحدد مفهومه في ضوء ما هو قائم في المجتمع من نظام سياسي أو اقتصادي أو اجتماعي، وفي ضوء الفلسفة ونوع الأفكار السائدة فيه. ولذلك كان من الصعب إعطاؤه تعريفاً دقيقاً ، وإن خير ما يقال فيه: إن النظام العام قوام فكرته المصلحة العامة سواء كانت المصلحة سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية. ولما كانت هذه المصلحة قابلة للتغير من مجتمع إلى مجتمع ومن زمن

1- القواعد النورانية/ ابن تيمية : ٢٩٨.

2- مجموع الفتاوى/ ابن تيمية:٣٨٥/٢٨. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي/ محمد عثمان شبير :٢٠.

3- المدخل الفقهي العام/ الزرقا:٥٥٩/١.

إلى زمن وفي نفس الدولة ، فإن فكرة النظام العام تبعاً لها تكون فكـرةً متغيرةً أو نسبيةً ينظر إليها في مجتمع معينٍ وزمنٍ معينٍ.[1]

والآداب العامة كالنظام العام يصعب إعطاء معنى دقيـق لهـا أو تعريفها بتعريف جامع مانع . ومع ذلك يمكن أن يقـال إن قـوام فكـرة الآداب أو مفهومها هو الرأي العام وما يتأثر به مـن عوامـل أخلاقيـة واجتماعية يثيرها الدين والعرف والتقاليد بالنسبة لما يطلق عليـه اسـم "الآداب". وهذا يعني أن فكرة الآداب أو مفهومها مثل فكرة النظام العـام أي أنها فكرة متغيرة ونسبية تختلـف بـاختلاف الأزمنـة وبـاختلاف المجتمعات إلا أنها على كل حال تتعلق بالأسس الأخلاقيـة الـضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليماً من الانحلال.[2]

وترتب على هذا الغموض لمفهوم هذين المـصطلحين أن ارتـبط تفسيرهما في كل مجتمع بما يتواءم مـع مـصالح الطبقـة الرأسـمالية والمتنفذين في تلك المجتمعات.

الأمر الذي يوضح لنا الميزة التي تميز بها الفقه الإسـلامي عـن القوانين الوضعية في هذا الباب (الشروط العقدية) وغيره ، من الثبـات والوضوح والاستقرار والموضوعية التي تكفل تحقيق العدالة بين كافـة طبقات المجتمع.

---

[1]- نظرات في الشريعة الإسلامية/ عبدالكريم زيدان :٥٥. المدخل إلى القانون/ حسن كيره:٤٧وما بعدها.

[2]- نظرات في الشريعة الإسلامية/ عبدالكريم زيدان:٥٥.

المبحث الثالث:

موقف النظام السعودي من حرية الشروط العقدية

تطبق المملكة العربية السعودية أحكام الشريعة الإسلامية في جميع القضايا والشؤون ، ولا شك أن هذا من أعظم نعم ا على أهـل هـذه البلاد قال تعالى (قل بفضل ا وبرحمته فبذلك فليفرحوا هو خيـر ممـا يجمعون) [يونس:٥٨] ، ولم يقم المنظم السعودي بوضع تنظـيم خـاص للمعاملات والعقود ، اكتفاء بأحكام الفقه الإسلامي التي قررها الفقهاء في مختلف العصور دون التقيد بمذهب معين، وإيماناً بما تتمتع بـه أحكـام الشريعة من مرونة تجعلها قادرة على استيعاب جميع الحوادث والنوازل والمستجدات.

ولكن استثناء من هذه القاعدة العامة ، قام المنظم السعودي بوضع تنظيم لبعض أنواع العقود ، مريداً بذلك إفراد هذه العقود ببعض الأحكام الخاصة بها ، مع مراعاة عدم مخالفة هذه الأحكام للشريعة الإسلامية.

ومن خلال هذه التنظيمات الخاصة سنحاول في هـذا المبحـث إن شاء ا معرفة مدى الحرية التي منحها النظام السعودي لإرادة المتعاقدين في إنشاء الشروط العقدية.

و تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: النصوص النظامية الواردة في الشروط العقدية.

وسأذكر فيه بعض أنواع الشروط التي نص النظام على إباحتها أو المنع منها.

المطلب الثاني: الأصل العام المتحصل من النظر في النـصوص السابقة.

المطلب الثالث تطبيقات قضائية.

المطلب الأول: النصوص النظامية الواردة في الشروط العقدية.

أولاً: نظام الشركات التجارية[1]:

١ ـ تنص المادة الثانية من النظام على أنه"**تسري أحكام هذا النظام <u>ومالا يتعارض معها من شروط الشركاء</u>** وقواعد العرف على الـشركات الآتية : أ) ١ – شركة التضامن ، ٢ – شركة التوصية البـسيطة ، ٣ – شركة المحاصة ، ٤ – شركة المساهمة ، ٥ – شركة التوصية بالأسهم ، ٦ – الشركة ذات المسئولية المحدودة ، ٧ – الـشركة ذات رأس المـال القابـــل للتغييـــر ، ٨ – الـــشركة التعاونيـــة . ومع عدم المساس بالشركات المعروفة في الفقه الإسلامي تكون باطلة كل شركة لا تتخذ أحد الأشكال المذكورة ويكون الأشخاص الـذين تعاقـدوا باسمها مسئولين شخصياً وبالتضامن عن الالتزامات الناشئة عـن هـذا التعاقد"

تنص هذه المادة على أنه يجوز للشركاء أن يضعوا من الشروط ما يشاءون مادام أنها لا تتعارض مع أحكام هذا النظام.

[1] ـ نظام الشركات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي م/٦ وتاريخ٢٢/٣/١٣٨٥هـ.

موقف الفقه الإسلامي:

وحيث إن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً، فإنه يجوز للشركاء أن يضعوا فـي عقد الشركة من الشروط ما يشاءون إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً أو كان يؤدي إلى الربا أو الغرر أو يتنافى مع قواعد الشريعة وأصـولها العامة.

٢ـ نصت المادة الثانية على أنه"يتقاسم جميع الـشركاء الأربـاح والخسائر فإذا **اتفق على حرمان أحد الشركاء من الربح أو إعفائه مـن الخسارة كان هذا الشرط باطلاً** وتطبق في هذه الحالة المادة (٩) . **ومع ذلك يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غيـر عملـه مـن المساهمة في الخسارة بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر عن عمله"**

تنص المادة السابقة على أن تحديد نصيب كل شريك من الأربـاح وتحديد ما يتحمله من الخسارة يكون وفقاً لشروط الشركاء ، و لا يجـوز وضع شرط يقضي بحرمان أحد الشركاء مـن الـربح أو إعفائـه مـن الخسارة (شرط الأسد) ؛ لأن هذا الشرط يتنافي مع مقصود عقد الشركة ، ومع ذلك أجاز النظام الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقـدم غيـر عمله من المساهمة في الخسارة بشرط ألا يكون قد تقرر له أجـر علـى عمله.

موقف الفقه الإسلامي من توزيع الأرباح والخسائر حسب الاتفاق.

ويتفق موقف الفقه الإسلامي ـ على القول الراجح ـ مع النظـام في مسالة توزيع الأرباح وأنه يتم وفقاً لشروط الشركاء لقول النبي صل ا عليه وسلم (المسلمون على شروطهم) [1] ، وكذلك يتفق الفقه والنظـام في مسألة بطلان شرط الأسد[2]

ويخالف الفقه الإسلامي النظام في مسألة توزيـع الخـسائر ؛ لأن الفقه يجعل تحمل الخسارة بحسب نصيب كل شـريك فـي رأس مـال الشركة قال في المغني :"لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم"[3]

٣ ـ نصت المادة (٣٥) على أنه "تنقضي شركة التضامن بوفاة أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بشهر إفلاسه أو إعساره أو بانـسحابه مـن الشركة إذا كانت مدتها غير معينة **ومع ذلك يجـوز الـنص فـي عقـد الشركة على أنه إذا توفى أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ولـو كانوا قصراً**."

تعد الشركات التضامنية من الـشركات القائمـة علـى الاعتبـار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء ، ومن ثم تنحل هـذه الفئـة مـن الشركات متى حل بأحد الشركاء الذين كانت شخصيتهم محل اعتبار عند قيام الشركة حادثٌ من شأنه زوال الاعتبار الشخصي ، كما لو توفي أحد الشركاء ، فإن الورثة لا يحلون محل مورثهم كشركاء في الشركة ؛ لأن

1- سبق تخريجه صفحة (٣) .
2- الشركات في الفقه الإسلامي /علي الخفيف :٣٠.
3- المغني :(١٤٥/٧).

الشركة قامت على الثقة الشخصية ، ولا يجوز إجبار بقية الشركاء على الاستمرار في الشركة مع ورثة قد لا يثقون فيهم. وعندها فإن الـشركة تنقضي بقوة القانون. لكن هذه القاعدة ليست من النظام العـام ، ولهـذا يجوز للشركاء أن يتفقوا في عقد الشركة على استمرار الشركة رغم وفاة أحد الشركاء ، كما هو نصت على ذلك المادة السابقة.[١]

موقف الفقه الإسلامي من شرط استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى:

يتفق موقف الفقه الإسلامي مع النظام في كون عقد الشركة ينفسخ بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إفلاسه[٢]

وكذلك يجوز في الفقه الإسلامي أن يحل الوارث محل مورثة فـي عقد الشركة قال في المغني :"فإن مات أحد الشريكين وله وراث رشيد ، فله أن يقيم على الشركة ، ويأذن له الشريك في التصرف".[٣]

وعلى ذلك فإن اشتراط استمرار الشركة مع ورثة الشريك في حال وفاة أحد الشركاء يعد من الشروط الجائزة في الفقه الإسلامي.

٤ ـ المادة (١٠١) "يجوز أن ينص في نظام الشركة **علـى قيـود تتعلق بتداول الأسهم بشرط إلا يكون من شأنها تحريم هذا التداول**"

---

[1]- القانون التجاري السعودي/ محمد بن حسن الجبر :٢٢٥.

[2]- المغني/ ابن قدامه :(١٣١/٧) وشركات الأشخاص بين الشريعة والقانون/ محمد الموسى:٣٤٤ وما بعدها.

[3]- المغني :(١٣٢/٧).

يجوز وفقاً للمادة السابقة أن يتضمن عقد الشركة المساهمة قيـوداً اتفاقية على تداول الأسهم بشرط ألا يكون من شأن هذه القيـود تحـريم التداول، ومن أمثلة هذه القيود النص على عدم جواز التنازل لأشـخاص معينين كالأشخاص الذين يزاولون أعمالاً منافسة للـشركة، أو اشـتراط عرض الأسهم المراد بيعها على بقية المنافسين قبل بيعها على الغير.[١]

فالقيد الذي يكون من شأنه تحريم التداول يتنافي مع مقصود عقد الشركة المساهمة. ولذلك منع منه نظام الشركات السعودي.

موقف الفقه الإسلامي من القيود الاتفاقية على تداول الأسهم.

وحيث إن هذه القيود لا تنافي مقتضى العقد منافاة تامة ؛ لكونها لا تمنع المساهم من التصرف في أسهمه منعاً تاماً ، وإنما هو قيـد جزئـي يسير ، لأن الشركة ملزمة قانوناً بشراء الأسهم في حال الاعتراض على بيعها على شخص معين ، أو توفير مشترٍ آخر لها ، ويتم تحديـد سـعر السهم على أساس عادل، وعلى ذلك فإنه لا يترتب علـى هـذه القيـود إضرار بالمساهم من حيث سعر السهم.[٢]

وبناء على ذلك ، فالظاهر ـ وا أعلم ـ هو جواز هذه القيـود ، لقوله صلى ا عليه وسلم " المسلمون على شروطهم"[٣] وقد أجاز بعـض المالكية للبائع أن يشترط على المشتري ما يؤدي إلى منعه من التصرف

---

[1]- المرجع السابق :٣١٦.
[2]- القيود الواردة على حرية تداول الأسهم في الشركة المساهمة/ سليمان السعوي :١٧٧.
[3]- سبق تخريجه ص:٣.

في جزء يسير من المعقود عليه ، كأن يشترط البائع على المـشتري أن لا يبيع السلعة على فلان أو نفر قليل.[1]

وقد ذكر شيخ الإسلام أن الأمام أحمد يجيز الشرط الذي يؤدي إلى تقييـد بعض أنواع التصرف في المبيع فقال:"وعلى أكثر نـصوصه يجـوز أن يشترط على المشتري فعلاً أو تركاً في المبيع مما هو مقصود للبـائع أو المبيع نفسه ، وإن كان متأخري أصحابه لا يجوزون من ذلك إلا العتق ، وقد يروى ذلك عنه لكن الأول في كلامه أكثر"[2]

ثانياً: نظام الأوراق التجارية[3].

١ ـ عدم جواز اشتراط الفائدة:

تنص المادة (٦) على أنه" اشتراط فائدة الكمبيالة يعتبر كأن لم يكن."

فهذه المادة تنص على أن الشرط المشتمل على فائدة ربويـة يعـد باطلاً.

فالنظام منع من هذا الشرط لكونه يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

---

[1]- منح الجليل على مختصر خليل/ محمد عليش: (٥/٥٢).

[2]- القواعد النورانية/ ابن تيمية:٢٧٢ـ ٢٧٣.

[3]- نظام الأوراق التجارية: الصادر بالمرسوم الملكي م/٣٧ وتاريخ ١٣٨٣/١٠/١١هـ.

٢ـ الشروط الاختيارية للكمبيالة:

أ ـ شرط عدم ضمان القبول.

نصت المادة (٢١) على أنه " يجوز لحامل الكمبيالة أو لأي حـائز لها ، حتى ميعاد استحقاقها أن يقدمها إلى المسحوب عليه فـي موطنـه لقبولها. ويجوز لساحب الكمبيالة أن يضمنها شرط تقديمها للقبـول فـي ميعاد معين أو بغير ميعاد **ولـه أن يضمنها شرط عدم تقديمها للقبول**"

أي أنه يجوز للساحب أن يشترط عدم تقديم الكمبيالة للقبول، وذلك ما لم تكن الورقة مستحقة الدفع خلال مدة معينة من الاطلاع ، وفي هذه الحال يمتنع على الحامل أن يقدم الورقة للمسحوب عليه بقصد الحصول على القبول.[١]

ب ـ شرط عدم ضمان الوفاء.

نصت المادة (١٥) على أنه "**يـضمن المظهـر قبـول الكمبيالـة ووفائها ما لم يشترط غير ذلك** . ويجوز له حظر تظهيرها من جديـد . وفي هذه الحالة لا يكون ملزماً بالضمان لمن تؤول إليهم الكمبيالة بتظهير لاحق ."

[1]ـ الأوراق التجارية في النظام السعودي/ عبدالله العمران :٥٩.

أي أنه يجوز وضع شرط عدم ضمان الوفاء على الورقة من قبـل أي من الموقعين عليها ما عدا الساحب ؛ لأن وضعه من قبل الساحب يعد إفراغاً للورقة من أي قيمة؛ حيث إنه هو الملتزم الأساسي في الكمبيالة.[1]

ج - شرط الرجوع بلا مصاريف.

نصت المادة (٥٧) على أنه " يجوز للساحب ولأي مظهر احتياطي أن يعفي حامل الكمبيالة من عمل احتجاج عدم القبول أو عدم الوفاء عند مباشرة حقه في الرجوع ، **إذا ضمن الكمبيالة وذيـل بتوقيعـه شـرط الرجوع بلا مصروفات** أو بدون احتجاج أو أية عبارة أخرى تفيـد هـذا المعنى ."

يشترط النظام لإمكانية استفادة الحامل من الرجوع الـصرفي ، أن يتم إثبات امتناع المسحوب عليه عن القبول أو الوفاء في وثيقة رسمية يتم تحريرها بواسطة موظف حكومي وتسمى (احتجاج عدم القبول أو عـدم الوفاء) ، وتحرير هذا الاحتجاج يستلزم دفع مصاريف قد لا تتناسب مـع قيمة الورقة ، كما أنه يستلزم إتباع إجراءات معينة ، ولذلك أجاز النظام للساحب أو أي مظهر احتياطي أن يعفي الحامل من عمل احتجاج عـدم الوفاء أو عدم القبول عند مباشرة حقه في الرجوع الصرفي ،[2] من خلال وضع شرط على الورقة التجارية يتضمن ذلك.

1- المرجع السابق:٥٩.
2- الأوراق التجارية في النظام السعودي/ عبدالله العمران:٥٩-٦٠.

د ـ شرط عدم إعادة التظهير.

نصت المادة (١٥) "يضمن المظهر قبول الكمبيالة ووفائها ما لـم يشترط غير ذلك . **ويجوز له حظر تظهيرها من جديد .** وفي هذه الحالة لا يكون ملزماً بالضمان لمن تؤول إليهم الكمبيالة بتظهير لاحق ."

يجوز لأي من المظهرين على الورقة أن يقـوم بإيقـاف تـداول الكمبيالة ، وذلك بوضع شرط يحظر إعادة تظهيرها.

هـ ـ شرط التدخل في القبول أو الوفاء.

نصت المادة (٦٨) على أنه"**لساحب الكمبيالة ومظهرها وضـامنها الاحتياطي أن يعين من يقبلها أو يدفعها عند الاقتضاء** . ويجوز قبـول الكمبيالة أو وفاؤها من أي شخص متدخل لمصلحة أي مدين بها يكـون مستهدفاً للرجوع عليه"

وفقاً للنص السابق يجوز لأي ملتزم صرفياً سواء كان الساحب أو المظهر أو الضامن الاحتياطي ، أن يعين شخصاً يقوم بقبول الكمبيالة أو بالوفاء بقيمتها في حالة امتناع المسحوب عليه عن ذلك.[١]

و ـ شرط توطين الكمبيالة.

نصت المادة (٤) من النظام على أنه"**يجوز اشتراط وفاء الكمبيالة في موطن شخص آخر غير المسحوب عليه** ، سواء كان هذا المـواطن في الجهة التي فيها موطن المسحوب عليه أو في جهة أخرى."

[1]ـ الأوراق التجارية في النظام السعودي/عبدالله العمران :٦٠.

أي أنه يجوز أن تشتمل الكمبيالة على مكان للوفاء ، غير موطن المسحوب عليه.[1]

موقف الفقه الإسلامي من الشروط الاختيارية للكمبيالة:

بناء على القول الراجح في التخريج الفقهي للكمبيالة وأنهـا: عقـد مركب من عدة عقود.[2] فإن قاعدة حرية الشروط العقدية يمكن أن تسري على كافة الشروط الاختيارية السابقة.

ثالثاً : نظام البيع بالتقسيط[3] .

١ ـ اشتراط رهن أو كفالة غرم.

نصت المادة (٤) من النظام على أنه"**يجوز للبائع أن <u>يشترط فـي عقـد البيع بالتقسيط رهناً ، أو كفالة غرم</u> وأداء يقدمها المشتري حتـى أداء أقساط الثمن كلها.**"

فقد أجاز النظام ـ بموجب النص السابق ـ للبائع أن يشترط رهنـا أو كفالة غرم ، حيث إن هذا الشرط من مـصلحة العقـد ولا يتنـافى مـع مقصوده ولا يعارض نصاً أو قاعدة شرعية.

موقف الفقه الإسلامي من شرط الرهن أو الكفالة.

وهذا الشرط جائز في الفقه الإسلامي عند جميع المذاهب قال فـي المغني:" القسم الثاني من الشروط: ما تتعلق به مصلحة العاقدين كالأجل

---

[1]- الأوراق التجارية في النظام السعودي : د ـ عبدا العمران :٥٨ وما بعدها.

[2]- أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي/د سعد الخثلان.:١٤٢.

[3] - نظام البيع بالتقسيط: الصادر بالمرسوم الملكي (٥٧) وتاريخ ١٤٢٦/٣/٢هـ.

والخيار والرهن والضمين والشهادة .. فهذا شرط جائز يلزم الوفاء بـه ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً."[١]

٢ ـ تحديد محل لسداد الأقساط غير محل البائع.

نصت المادة رقم (٦) على أنه"**تؤدي الأقساط في محل إقامة البائع المبين في عقد البيع ، ما لم يتفق على غير ذلك**. وفـي حالـة القيـام بتحصيل الأقساط في محل إقامة المـشتري لا يجـوز للبـائع تقاضـي مصروفات إضافية. وتعد المخالصة عن القسط مخالصة عـن الأقـساط السابقة عليه ما لم يتفق على خلاف ذلك."

الأصل أن الأقساط الشهرية تؤدى في محل إقامة البائع ، لكن أجاز النظام للطرفين على أن يتفقا على تحديد محل غير محل البـائع ، وفـي هذه الحال فإن هذا الاتفاق يكون صحيحاً و ملزماً.

موقف الفقه الإسلامي من شرط تحديد محل للسداد:

والذي يظهر لي جواز هذا في الفقه الإسـلامي ؛ لكونـه ضـمن الشروط التي تشتمل على مصلحة المتعاقدين وليس فيه محظور شرعي ، ولقوله صلى ا عليه وسلم (المسلمون على شروطهم)[٢].

٣ ـ حلول باقي الثمن عند تخلف المشتري عن سداد الأقساط.

نصت المادة رقم (٨) على أنه "**لا يكون الاتفاق على حلول بـاقي الثمن نافذاً ، إلا إذا تخلف المشتري عن دفع قـسطين متتـالين علـى الأقل.**"

---

[1]- المغني /ابن قدامه :(٣٢٣/٦).
[2]- سبق تخريجه ص: (٣).

يقضي النص السابق بأنه في حال اتفاق الطرفين على حلول بـاقي الثمن عند تخلف المشتري عن سداد الأقساط ، فإن هذا الاتفاق لا يكـون نافذاً إلا إذا تخلف المشتري عن سداد قسطين متتاليين على الأقل.

موقف الفقه الإسلامي من شرط حلول باقي الأقساط عند التخلف عن السداد.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة ما يلـي:" يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عنـد تأخر المدين عن أداء بعضها ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط".[1]

إلا أنه ينبغي الاقتصار في تطبيق ذلك على المدين الموسر لقولـه صلى ا عليه وسلم (مطل الغني ظلم)[2] ، وأما المعسر فإنه يجب إنظاره ، لقوله تعالى (**وَإِنْ كَـانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَـى مَيْـسَرَةٍ وَأَنْ تَـصَدَّقُوا خَيْـرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ**) [البقرة: ٢٨٠].

رابعاً : نظام المحكمة التجارية.[3]

١ ـ شرط إعفاء الناقل من المسئولية (الضمان).

نصت المادة رقم (٢٥) من النظام على أن "**يضمن الوكيل والأمين كل ماضاع أو تلف من الأشياء المرسلة بعد وصولها إليه ما لم يكن في قائمة الإرسالية يدفع عنه الضمان"**

[1]- مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس (٤٤٨/١).
[2]- صحيح البخاري رقم:٢٤٠٠. كتاب في الاستقراض والحجر وأداء الديون ، باب مطل الغني.
[3] - نظام المحكمة التجارية: الصادر بالمرسوم الملكي :م/٣٢ وتاريخ ١٣٥٠/١/١٥هـ .

يعد التزام الناقل - وفقاً لنظام المحكمة التجارية - التزاماً بتحقيق نتيجة[1] ، وهي وصول البضاعة سالمة في الميعاد المحدد ، ومن ثم فإنه يكون مسئولاً عن الهلاك أو التأخير أو التلف الذي يلحق البضاعة ، ومع ذلك أجاز النظام للناقل أن يدرأ عن نفسه هذه المسئولية بوضع شرط يعفيه من هذه المسئولية في عقد النقل.[2]

موقف الفقه الإسلامي من شرط إعفاء الناقل من المسؤولية

ويتطلب ذلك أولاً تحديد طبيعة التزام الناقل، فقد ذكر بعض الشراح أن هناك اضطراباً واضحاً وشبه تناقض بين نصوص المحكمة التجارية ، فالمادة (٢٤) الخاصة بالمسؤولية عن التأخير والمادة (٢٥) المتعلقة بالمسؤولية عن الهلاك والتلف تنصان صراحة على أن الناقل مسئول إلا إذا تمكن من إثبات أن التأخير أو الهلاك أو التلف يرجع لسبب يعجز عن دفعه ، وعلى ذلك فإن التزام الناقل وفقاً لهذه النصوص هو التزام ببذل عناية ، في حين تنص المادة (٢٦) على أن الناقل يضمن التلف الحاصل في البضاعة إذا كان بتعد منه أو إهمال وإلا فلا ضمان عليه ، الأمر الذي يفهم منه أن المسؤولية لا تقوم إلا إذا أثبت المرسل خطأ الناقل ، فيكون التزام الناقل - بناء على ذلك - التزاماً ببذل عناية.

ويرى هؤلاء الشراح أن التزام الناقل هو التزام بتحقق نتيجة لصريح نص المادتين (٢٤) و (٢٥) من نظام المحكمة التجارية على ما

---

[1]- الالتزام بتحقيق نتيجة: هو الالتزام الذي لا يتم تنفيذه إلا بتحقيق غاية معينة كالالتزام بنقل أو تسليم عين . ويقابله الالتزام ببذل عناية: وهو الالتزام الذي يتم ببذل الجهد في سبيل تحقيق العرض سواء تحقق الغرض أو لم يتحقق كالتزام المودع ببذل عناية الرجل المعتاد في سبيل حفظ العين المودعة(الوجيز في النظرية العامة للالتزام - السنهوري :٢٩٥- ٢٦٠).

[2]- العقود التجارية وعمليات البنوك/ محمد بن حسن الجبر:١٧٣.

يفهم من نص المادة (٢٦) كما هو الوضع في كافة الأنظمـة اللاتينيـة، ولعدم وجود دليل على أن النظام الـسعودي قـد أراد مخالفـة القـانون الفرنسي في ذلك وقانون التجارة العثماني.[١]

وبناء على ذلك فإن أثر شرط الإعفاء من المسؤولية يقتصر فقـط على المسؤولية التعاقدية ، ويترتب عليه نقل عبء إثبات من على عاتق الناقل إلى عاتق الطرف الآخر المدعي بالضرر (المرسـل أو المرسـل إليه).

فالأصل أن الناقل مسئول بمجرد وقوع الضرر ، فإذا أدرج شرط الإعفاء من المسؤولية في العقد ، ترتب على ذلك تعديل الأصل المتقدم ، فيكون الأصل أن الناقل غير مسئول ، ما لـم يثبـت الطـرف الآخـر (المرسل أو المرسل إليه) وقوع خطأ من الناقـل أو تابعيـه والـضرر وعلاقة السببية ، فيكون مسئولاً وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.[٢]

وجمهور الفقهاء على عدم صحة نفي الـضمان فـي المـسؤولية التعاقدية ، والقول الثاني - وهو رواية عن الإمام أحمد - جـواز نفـي الضمان بالشرط. قال في المغني :"وما يجب ضمانه لا ينتفـي ضـمانه بشرط نفيه. وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: المسلمون على شروطهم ، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه".[٣]

---

[1]- العقود التجارية وعمليات البنوك / محمد الجبر:١٦٨.

[2]- العقودالتجارية وعمليات البنوك/ د محمد الجبر:١٧٧. والمسؤولية التقصيرية هي: المسؤولية التي تقوم على الإخلال بالالتزام القانوني العام الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير ، وأما المسؤولية العقدية: فهي التي تقوم بسبب عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد. (الوجيزفي النظرية العامة للالتزام / عبدالرزاق السنهوري:٣٠٩)

[3]- المغني/ ابن قدامة المقدسي: (١١٥/٨).

و ومما تجدر الإشارة إليه أن الأنظمة الحديثة توجهت لمنـع هـذا الشرط وتحريمه ، وذلك نظراً لصعوبة إثبات خطأ الناقل ، لأن البضاعة تكون في حيازته أثناء النقل ولا يرافقها المرسل أو المرسل إليه ، ومـن ثم يتعذر على أي منهما معرفة سبب الحادث وإقامة الدليل علـى خطـأ الناقل أو تابعيه.[١]

٢ـ شرط تحديد مسؤولية الناقل.

ويعنى بذلك وضع شرط يحدد به الناقل مسؤوليته بمبلغ معين مهما بلغت قيمة الضرر المترتب على هلاك البـضاعة أو تلفهـا أو التـأخر فـي وصولها.[٢]

نصت المادة (٢٣) من نظام المحكمة التجارية على أنه"يوضح في قائمة الإرسالية مقدار وجنس البضائع المنقولة ونـوع الطـرود ومهلـة إيصالها .... **وكيفية التضمينات اللازمة على فرض عدم إيصالها في المهلة المعينة**".

ومقتضى ذلك أنه يجوز للناقل أن يحدد مسؤوليته بمبلغ معين مهما بلغت قيمة الضرر المترتب على تأخر وصول البـضاعة فـي الموعـد المحدد.[٣]

---

[1]-العقود التجارية وعمليات البنوك / د محمد الجبر:١٧٤.
[2]- العقود التجارية وعمليات البنوك/ د محمد الجبر:١٧٧.
[3]- العقود التجارية وعمليات البنوك/ د محمد الجبر:١٧٧.

موقف الفقه الإسلامي من شرط تحديد المسؤولية.

وهذا المبدأ مخالف لقواعد التضمين عن التلاف في الشريعة الإسلامية ، والتي تقضي بأن المتلف يغرم مثل ما أتلفه أو قيمته مطلقاً (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)[النساء:٢٩] ، وقوله صلى ا عليه وسلم (سباب المسلم فسوق وقتاله كفر وحرمة دمه كحرمة ماله)[1]، وقوله صلى ا عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)[2] ، ووجه الدلالة من هذه الأدلة أنها جاءت عامة فلم تستثن الإعفاء من الضرر أو بعضه لأي سبب كان ، وعلى هذا فإن مبدأ تحديد المسؤولية فيه مخالفة صريحة لهذه الأدلة لما فيه من إجحاف وظلم بين ، فالعوض لم يتناسب مع الضرر ، لأن هذا المبدأ يقوم على إزالة بعض الضرر لا كله.[3]

خامساً: نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.[4]

١ ـ زيادة التزامات المتعاقد مع الحكومة وتخفيضها.

تنص المادة (٣٦) على أنه **"يجـوز للجهـة الحكوميـة زيـادة التزامات المتعاقد ضمن نطاق العقد بما لا يتجاوز (١٠%) عشرة فـي المائة من القيمة الإجمالية للعقد ، أو تخفيض هذه الالتزامـات بمـا لا يتجاوز (٢٠%) عشرين في المائة."**

1- صحيح البخاري رقم الحديث:٤٨. كتاب الإيمان ، باب خوف المؤمن من أن يحبط عمله وهو لا يشعر.

2- سنن ابن ماجه رقم الحديث:(٢٣٤١) كتب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر جاره. قال النووي رحمه الله : "حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً ، ورواه مالك مرسلاً ، وله طرق يقوي بعضها بعضاً" (شرح الأربعين:١٦٦) قال الحافظ ابن رجب "وهو كما قال" (جامع العلوم والحكم : (٢١٠/٢).

3- أشخاص الملاحة البحرية ومسؤولياتهم في الفقه الإسلامي والنظام / د عارف العلي : (١٥٥/١).

4- نظام المنافسات والمشتريات الحكومية: الصادر بالمرسوم الملكي رقم ((٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ.

الأصل أنه لا يجوز إجراء أي تعـديل علـى العقـد إلا باتفـاق المتعاقدين ، لكن المنظم أجاز للجهة الحكومية زيادة التزامـات المتعاقـد ضمن نطاق العقد ، أو تخفيضها بالنسبة المحددة في المادة، لأن المتعاقد وافق على هذا الشرط عند إبرام العقد مع الجهة الحكومية.

موقف الفقه الإسلامي من حق جهة الإدارة في تعديل العقد.

تأتي سلطة الإدارة في زيادة التزامات المتعاقد أو تخفيـضها فـي العقد الإداري على خلاف الأصل العام في العقود ، لكن الظاهر جـواز ذلك ؛ نظراً لحاجة المرفق العام ، وتقديما لمصلحة الجماعة على مصلحة الفرد ، وانطلاقاً من القاعدة الفقهية (الـضرر الأعـم ينفـي بالـضرر الأخص) و (المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصـة). وقاعـدة (تصرف الراعي في الرعية منوط بالمصلحة) . ومادام أن الأساس الذي جعل الجهة الإدارية هذه السلطة هو احتياج المرفق العام فإنه يجـب أن تقدر الضرورة بقدرها ولا يتوسع في هذه السلطة.[١]

٢ـ الشرط الجزائي.[٢]

تنص المادة (٤٨) على أنه "إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عـن الموعد المحدد تفرض عليه غرامة تأخير لا تتجاوز (٦%) سـتة فـي

[1]- سلطات الإدارة تجاه المتعاقد / د حجاب الذيابي :٢٣٨.

[2]- الشرط الجزائي: هو اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه.(أبحاث هيئة كبار العلماء :١٠٣/١).

المائة من قيمة عقود التوريد ، ولا تتجاوز (١٠%) عشرة بالمائـة مـن قيمة العقود الأخرى".

وتنص المادة (٤٩) على أنه "إذا قصر المتعاقد في عقود الـصيانة والتشغيل والعقود ذات التنفيذ المستمر في تنفيذ التزاماته ، تفرض عليـه غرامة لا تتجاوز (١٠%) عشرة في المائة من قيمة العقد ، مـع حـسم قيمة الأعمال التي لم تنفذ".

فهذه النصوص نصت على فرض شروط جزائية على المتعاقد مع الحكومة في حال تأخره في تنفيذ التزامه.

موقف الفقه الإسلامي من الشرط الجزائي.

جاء في قرار هيئة كبار العلماء ما يلـي:" فـإن المجلـس يقـرر بالإجماع: أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقـود شـرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بـالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول."[١]

على أنه لا يجوز وضع الشرط الجزائي في العقد المـالي الـذي يكون فيه الالتزام الأصلي ديناً ، لأنه يكون من الربا.

و جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم:١٠٩(١٢/٣). مايلي:

"يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عـدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينـاً ؛ فـإن هـذا مـن الربـا الصريح."[٢]

1- بحوث هيئة كبار العلماء :(٢١٤/١).
2- مجلة المجمع العدد الثاني عشر :٩١/٢.

المطلب الثاني:
الأصل العام المتحصل من النظر في النصوص السابقة.

بالنظر إلى النصوص السابقة فإننا نجد أن النظام السعودي قد نص على جواز وإبطال جملة من الشروط العقدية ، وبتدقيق النظر فيما أجازه النظام من الشروط وما منعه ، فإنه يمكن الخلوص إلى النتيجة التالية:

أن الأصل في النظام السعودي هو جواز الشروط العقدية التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا تخالف مقصود العقد ، ولا تتعارض مع نصوص نظامية خاصة.

فمن الشروط التي نص النظام على بطلانها لكونها تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، هو الشرط المشتمل على فائدة ربوية في الأوراق التجارية ، حيث نصت المادة السادسة على أن" **اشتراط فائدة الكمبيالة يعتبر كأن لم يكن**"

ومن الشروط التي أبطلها النظام لكونها تخالف مقصود العقد ما نص عليه المادة الثانية من نظام الشركات التجارية: " يتقاسم جميع الشركاء الأرباح والخسائر فإذا اتفق على حرمان أحد الشركاء من الربح أو إعفائه من الخسارة كان هذا الشرط باطلاً"

فقد أبطل النظام كل شرط يؤدي إلى حرمان أحد الشركاء من الربح أو إعفائه من الخسارة ، وذلك لكون هذا الشرط يخالف مقصود عقد الشركة، فاقتسام الأرباح والخسائر يعد من مقتضيات عقد الشركة،

فقد جاء في تعريف عقد الشركة في المادة الأولى مـن النظـام أنـه:" الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كلا مـنهم فـي مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل **لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة."**

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (١٠١) من نظام الـشركات "يجوز **أن ينص في نظام الشركة على قيود تتعلق بتداول الأسهم بشرط إلا يكون من شأنها تحريم هذا التداول**"

فهو نص على جواز أي قيد اتفاقي على تداول الأسهم إلا إذا كـان من شأن هذا القيد تحريم التداول ، لأن تحريم التداول يعد منافياً لمقصود العقد ومقتضاه ، فمن أهم مقتضيات عقد الشركة المساهمة قابلية أسهمها للتداول.

كما أننا نجد أن المنظم قد نص على بطـلان الـشروط المخالفـة لنصوص نظامية خاصة ، فمن ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من نظام الشركات التجارية " تسري أحكام هذا النظام ومالا يتعارض معهـا مـن شروط الشركاء"

فقد نصت المادة على جواز أي شرط لا يتعارض مع أحكام النظام والمقصود الأحكام الآمرة التي لا يجوز للطرفين الاتفاق على مخالفتها.

المطلب الثالث:
تطبيقات قضائية على مبدأ سلطان الإرادة.

يشتمل هذا المطلب على جملة من التطبيقات القضائية يتضح من خلالها موقف القضاء السعودي من مبدأ سلطان الإرادة العقدية.

تطبيق قضائي رقم (١)
شرط عدم تأجير العقار من الباطن إلا بإذن خطي.

حكم ديوان المظالم رقم ٩٤/د/إ/١٥ لعام ١٤٢٥هـ بقبول طلب المدعي بفسخ عقد الإيجار وتسليم الأرض له بسبب قيام المستأجر بتأجير العقد من الباطن بدون إذن خطي من المؤجر ، مع وجود نص شرط صريح في العقد يحظر ذلك، ويجيز للمؤجر طلب فسخ العقد وإعادة تسليم العقار له عند وقوع ذلك.

وقد نص الحكم القضائي على اعتبار هذا الشرط ، الذي تم وضعه باتفاق الطرفين ، نظراً لعدم مخالفته للشريعة ، وعدم منافاته لمقصود العقد.

نص الحكم:"وقد اتفق الطرفان في المادة السادسة من ذلك العقد على أنه (لا يجوز للطرف الثاني أن يتصرف في هذه الأرض أو منشآت المشروع المقامة عليها بأي وجه من وجوه التصرف إلى طرف آخر كبيعها أو هبتها أو تأجيرها أو استغلالها أو التنازل عنها كلياً أو جزئياً

إلا بعد الحصول على موافقة الطرف الأول الخطية) فإرادة الطرفين قـد التقت على قصر الانتفاع من الأرض محل العقد على العاقد نفسه ، وأنه لا يحقه له تمكين غيره من ذلك الانتفاع إلا بعد صدور موافقة خطية من المؤجر، وهذا اتفاق فيه إسقاط حق المستأجر في إعادة التـأجير وقـد رضي به ، فيسقط حقه في ذلك ، ولا يملكه إلا بالطريقة المحددة في ذلك الاتفاق ، لكونه إنما ملك انتفاعاً محدداً لا مطلق الانتفاع ، والمـستأجر إنما يأتيه التخويل بالانتفاع من طرف المؤجر ، والمؤجر لم يـرض إلا بانتفاع معين وهو ما كان واقعاً من المستأجر نفسه ، فلا يملك المستأجر بما عداه ، ومن ثم فإن اشتراط المؤجر ألا يتم انتفاع غير المستأجر مـن الأرض محل الدعوى إلا بإذنه اشتراط له اعتباره شرعاً ، إذ ليس فـي تحريم لحلال ولا تحليل لحرام ، وقد قال صلى ا عليه وسلم (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرام حلالاً)[1] ، كما أنـه لـيس مناقضاً لمقصود العقد حتى نقول بإبطاله ، وإنما هو مقيد للحقوق التـي يملكها العاقد بمجرد عقد الإجارة وذلك بموافقة العاقد نفسه ، فيكون قـد تنازل عن تلك الحقوق المستثناة ، وبالتالي فـإن قيـام المـدعى عليهـا بالتأجير من الباطن والذي أقرت به في ترافعها أمام الـدائرة الخاصـة مخالفة صريحة للعقد ، وقد اتفق الطرفان على عقوبة مخالفة العقد بـأن نصا في المادية الحادية عشرة منه على أن (يلتزم الطرف الثاني بتنفيـذ بنود هذا العقد ، ويحق للطرف الأول فسخ العقد واستعادة الأرض متـى أخل الطرف الثاني بأي شرط من شروط العقد ، ولا يحق للطرف الثاني

[1] ـ سبق تخريجه:٣

المطالبة بأي تعويضات عن الفسخ) فالطرفان متفقان علـى أن للمـؤجر الحق في فسخ العقد متى أخل المستأجر بأي شرط من شروط العقد ، وما من ريب في أن التأجير من الباطن إخلال بشروط العقد ، ومن ثم فـإن الدائرة تستجيب لطلب المدعية بإخلاء الأرض وتسليمها إليهـا إعمـالاً للشرط الفاسخ الذي أحدثته إرادة الطرفين عن إبرام العقد ، والذي يجـب إعماله متى ما طلب صاحب المصلحة ذلك إعمالاً لقول ا تعالى (ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) [المائدة:١] وقولـه صـلى ا عليـه وسـلم (المسلمون على شروطهم)[1] وقد نقل في الأثر عن عمر بـن الخطـاب رضي ا عنه (مقاطع الحقوق عند الـشروط) وقـال شـريح رحمـه ا :(الشرط أملك) ، وبالتالي فإن على المدعى عليها إخلاء الأرض فوراً وتسليمها للمدعية إلا أن يتفق الطرفان على خلاف ذلك فالأمر إليهما."

تطبيق قضائي رقم (٢)

اشتراط عقد في عقد

حكم ديوان المظالم ٥٢/ت/٣ لعام ١٤٢٥هـ القاضي بعدم جواز اشتراط عقد في عقد لكونه يؤدي إلى وقوع غرر في العقد ، وإعادة تكييف هذا العقد المشتمل على شروط باطلة إلى ما يماثله من العقود الصحيحة وهي عقود بيع بالتقسيط.

[1] سبق تخريجه:٣

نص الحكم:"فتوضح الهيئة أنه من غير الجائز شرعاً تضمين العقد الواحد عقدين في آن واحد كما هو الحال عليه في هـذا العقـد (محـل الدعوى) لأن عقد الإجارة يقع على المنفعة فقط بمعنى انتقال المنافع إلى المستأجر دون أصل العين أما البيع فيقع على أصل العين مـع منافعهـا حيث تنتقل إلى المشتري ولذا عرف الفقهاء الإجارة: "بأنها تمليك منفعـة بعوض" وعرفوا البيع بأنه:"مبادلة مال أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأبيد" كما أن البيع مضمون على المشتري بعد قـبض الـسلعة خلافـاً للإجارة إذ لا ضمان على المستأجر إن لم يقع منه تعـد أو تفـريط بـل الضمان على المؤجر وعلى فرض صحة مثل هذا العقد فإنه لم يتـوافر فيه شرط هام ، وهو كون الثمن والأجرة معلومين مـع اسـتحالة ذلـك لتأرجح أي من العقدين ومن المعلوم أن معرفة الثمن أو الأجـرة شـرط لصحة الإجارة أو البيع ، هو محل اتفاق بين أهل العلم والأصل في ذلك ما رواه أبو هريرة رضي ا عنه أن النبي صلى ا عليه وسلم (نهـى عن بيع الغرر)[1] ، فاشتراط معرفة الثمن ومعرفة المـثمن يحـول دون وقوع الغرر .....

والواقع في العقد محل الدعوى أن الثمن والأجرة مجهولان ثم إن الأجرة التي تقدر سنوياً أو شهرياً بمقدار مقسط تكون أضعافاً من أجل اسـتيفاء قيمة المعقود عليه فلا يصح أن تكون قيمة إيجارية خالصة فهـو قـسط تضمن إجارة وبيعاً في آن واحد وفي حالة الإقالة فلا تصح الزيـادة لأن مقتضى الإقالة رد الأمر إلى ما كان عليه واحتساب القيمة كاملـة يعـد

1 ـ أخرجه مسلم:١٥١٤. كتاب البيوع.

ضرباً من ضروب أكل الناس بالباطل وينطوي على غرر ومجازفة إذ قد يعسر المشتري في آخر قسط فيخسر الثمن والمـثمن ، وهـذا خـلاف القاعدة الفقهية وهي الأصل ألا يجتمع العوضان لشخص واحد فحقيقة ما يسمى عقد الإيجار المنتهي بالتمليك عقد بيع بالتقسيط ألبس ثوب الإيجار المنتهي بالتمليك وما اقترن عقد الإجارة بعقد البيع في نهاية المـدة مـع الأجرة المرتفعة ارتفاعاً فاحشاً عن أجرة المثل إلا دليل أكيد على ذلـك.

ومثل هذا العقد لا يخلو من حالين:

أولاهما: أن يكون لم يدخل مرحلة التنفيذ فيجب إبطالـه لأن فـي ذلـك إحقاق للحق ورجوع إليه ، وذلك خير من التمادي من إعماله.......

ثانيا: أن يكون قد دخل مرحلة التنفيذ فينتج عنه ضرر بأحد المتعاقـدين أو كليهما وفي هذه الحالة يتعين إعمال القواعـد الـشرعية لحـديث (لا ضرر ولا ضرار) وذلك أن الشريعة بمرونة أحكامها وسعتها لحـوادث الزمان قد أو جدت حلولاً كثيرة ينتفي معه العكس وقد قال تعالى (ومـن يتق ا يجعل له مخرجا) لذا فإنه يتعين تكييف هذا العقد إلى ما يماثلـه من العقود الصحيحة وهي عقود البيع بالتقسيط."

تطبيق قضائي رقم (٣).

شرط جزائي.

حكم ديوان المظالم رقم١٥١/د/ت/ج/٣ لعام ١٤٣١هـ- القاضي بإلزام المورد (المدعى عليه) بدفع غرامة التأخير المنصوص عليها في العقد لكونه قد أخل بتنفيذ التزاماته العقدية

نص الحكم :"فبناء على ما تقدم ولقول ا تعالى في سورة (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) [المائدة١] ولقوله صلى ا عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) ـ أخرجه ابن ماجه[1] ـ فإن المدعية تستحق ما يلي:

١ـ .....

٢ـ......

٣ـ...... مبلغ وقدره (٤٤،٥٣٥،٧٠) مقابل تعويض المدعية عن الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد بسبب إخلال المدعى عليه بالعقد وطلب الشراء والاتفاقية لقوله صلى ا عليه وسلم (المسلمون على شروطهم)[2] ولما ورد في صحيح البخاري عن ابن سيرين عن القاضي شريح أنه قال (من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه) واستناداً لما نصت عليه المادة الخامسة من العقد المؤرخ في تاريخ ١٤٢٩/١/١٥هـ على ما يلي (يتعهد الطرف الأول بتسليم الأنابيب خلال فترة أقصاها (١١) يوماً من تاريخ استلام الطرف الأول لإشعار فتح خطاب الاعتماد المستندي مع مراعاة أحكام المادة (٨) فإنه في حالة إخلال الطرف الأول بتعهد الوارد بعاليه فإن الطرف الثاني يكون ملزماً بقبول تأخير التسليم مقابل تحمل الطرف الأول لغرامة تأخيرية قدره ٠،٠٠٥% (خمسة من ألف بالمائة) من سعر العقد عن كل يوم تأخير على ألا يتجاوز مجموع غرامات التأخير ما مقداره ٥% (خمسة بالمائة) من سعر العقد كما لا ينبغي أن تتجاوز فترات التأخير في التسليم ما

---

[1] ـ سبق تخريجه:٨٥

[2] ـ سبق تخريجه :٤.

يعادل ٥% (خمسة بالمائة من سعر العقد) ، وبناء على ما جاء في قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم ٢٥ وتاريخ ١٣٩٤/٨/٢١هـ المتضمن أن المجلس يقرر بالإجماع على ما يلي:(أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر ، يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر معتبر في الإخلال بالالتزام الموجب له ، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول ، وإذا كان الشرط كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية ، فيجب الرجوع في ذلك للعدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة ، ويرجع في تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر)........ لذا فإن المدعية تستحق التعويض من المدعى عليه جراء إخلاله بالعقد لعدم تنفيذه وما نفذه سابقاً كان بخلاف المتفق عليه."

تطبيق قضائي(٤)

شرط عقدي "عدم جواز تجديد عقد الإجارة إلا بعقد جديد"

حكم ديوان المظالم الحكم رقم ٧٤/د/ف ٢٨ لعام ١٤٢٦هـ برفض دعوى المدعي إلزام المستأجر بدفع أجرة العقار لمدة سنة كاملة ، بسبب تأخرها في إخلاء المبنى بعد انتهاء مدة العقد الأولى ، وذلك نظراً لتضمن العقد شرطاً يقضي بعدم جواز تجديد العقد مرة أخرى إلا بعقد جديد ، خلافاً لما جرى عليه العرف من كون العقد يتجدد تلقائياً بمجرد انقضاء مدة العقد الأول إذا لم يشعر أحد الطرفين الآخر بعدم رغبته في

التجديد. والحكم بموجب هذا الشرط دليل على اعتباره في نظر القضاء السعودي.

نص الحكم" فإن الثابت من النظر الجلي في العقد المبرم بين الطرفين عدم النص على استحقاق المدعي لأجرة سنة كاملة في حالة تأخر المدعى عليها في إخلاء المبنى ، بل نص صراحة على أنه لا يجوز تجديد العقد مرة أخرى إلا بعقد آخر ، وهذا النص هو الفيصل في قطع النزاع مما يفضي إلى عدم استحقاق المدعي لأجرة سنة كاملة ، ويكون له أجرة المثل التي يستحقها عقاره من مستأجر في صفة المدعى عليها"

تطبيق قضائي(٥)

شرط عقدي"أداء مستحقات المقاول في مواعيد محددة "

حكم ديوان المظالم رقم (١٥٨/د/إ/٤ لعام ١٤٢٦هـ) بإلزام جهة الإدارة بإعادة غرامة التأخير وتكاليف الإشراف التي تم حسمها على المدعي ، نظراً لأن تأخر المدعي عن إنجاز المشروع في الوقت المحدد كان بسبب مخالفة جهة الإدارة لشروط العقد القاضية بدفع مستحقات المدعي في المواعيد المقررة في العقد.

والحكم بموجب هذا الشرط الاتفاقي دليل على اعتباره في نظر القضاء السعودي إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة.

نص الحكم:"وحيث نصت المادة (٥٠/ب) من الشروط العامة للعقد على أن تصرف استحقاقات المقاول وفق ما يتم إنجازه من عمل وحسب المستخلصات التي يوافق عليها الاستشاري أو الجهة الفنية المشرفة على

المشروع ، وبصفة دورية ، وبمعدل مستخلص واحد كل شهر على الأقل ، كما تضمنت المادة (٥٩) من تلك الشروط على أن صاحب العمل ينفذ شروط العقد بحسن نية وأن يدفع للمقاول الأقساط المستحقة دون تأخير وإذا أخل بأي شرط أو قصر عن الدفع في الميعاد المحدد فيحق للمقاول أن يطالب بالتعويض عن الخسائر المترتبة على ذلك وقد قال (يا أيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود) وقال صلى ا عليه وسلم (المسلمون عند شروطهم) ومن الوفاء بالعقد تنفيذ الشروط المتفق عليها ومن أهمها صرف مستحقات المدعية في مواعيدها.......

ومما تقدم يتبين أن الوزارة خالف النصوص الشرعية والعقدية ، ولما كان التأخير في صرف استحقاقات المدعية يؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد وقلة السيولة النقدية لدى المقاول مما نتج عنه آثار سلبية على المشروع أقلها الإخلال بالبرنامج الزمني لتنفيذ الأعمال مما أدى إلى التأخر في إنجاز المشروع في أوقاته المحددة ، وحيث ثبت إخلال المدعى عليها بالتزاماتها حيث لم تدفع للمدعية مـستحقاتها فـي مواعيدها كما ثبت من بيان حركة سير المستخلصات المقدمة من الوزارة أن مدة تأخير صرف المستحقات تزيد على مدة تأخر المدعية بفارق كبير كما أن بعض المستخلصات أعطت المدعية عنها سندات على الخزينـة ، فإن ذلك يبرر تأخر المدعية ، ويؤكد أنه بسبب خارج عن إرادتهـا بـل بسبب تقصير المدعى عليها في دفع مستحقات المدعية حـسب شـروط العقد ، وبذا في تأخر المدعية في إنجاز المشروع لـيس مـرده إليهـا وحدها ، بل إلى المدعى عليها لتأخرها في دفع مستحقات المدعيـة فـي

مواعيدها ، وبذا فإن الوزارة غير محقة في حسم غرامة التأخير وتكاليف الإشراف ، مما تنتهي معه الدائرة إلى إلزام المدعى عليها بإعادة غرامة التأخير وتكاليف الإشراف المحسومة"

تطبيق قضائي (٦)

شرط التحكيم.

حكم ديوان المظالم رقم ١٤٧/د/ت/ج/٣ لعام ١٤٣١هـ ، بعدم جواز النظر في القضية المرفوعة لوجود شرط التحكيم في العقد المبرم بين الطرفين.

والحكم بموجب هذا الشرط دليل على اعتباره شرعاً في نظر القضاء السعودي.

نص الحكم:" بما أن المدعي يهدف من إقامة دعواه إلى إلزام المدعى عليها بسداد قيمة ما تم تنفيذه وتمسك وكيل المدعى عليها بشرط التحكيم المنصوص عليه في العقد المبرم بين الطرفين المؤرخ ١٤٢٤/١٢/٢٥هـ في البند رقم (٤/١٥) ، وبما أن نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ في تاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ نص في مادته السابعة على أنه :"إذا كان الخصوم قد اتفقوا على التحكيم قبل قيام النزاع إلا وفقاً لأحكام هذا النظام"......

ولذلك بعد الدراسة والتأمل حكمت الدائرة: بعدم جـواز نظـر الـدعوى لوجود شرط التحكيم."

تطبيق قضائي (٧)

شرط إنجاز العمل خلال فترة معينة.

حكم ديوان المظالم رقم ٩٨/د/ت/ج/٣ لعام ١٤٣١هـ القاضي باسـتحقاق المدعي لقيمة ما أنجزه من عمل (استخراج تأشيرات)، والعفو عن التأخر اليسير ما دام أنه لم يترتب عليه إلحاق ضرر بالمدعى عليه. وفي هـذا دليل ظاهر على أن القضاء السعودي لا يلتزم حرفياً بما جاء في الشروط العقدية ، بل إنه يلجأ لإعمال قواعد العدالة والإنصاف ، فالتأخير اليسير الذي لا يضر لا يؤدي إلى عدم استحقاق المتعاقد لقيمة ما أنجـزه ، وإن نص العقد على ذلك.

نص الحكم:"وبما أن الثابت أن المدعية استخرجت للمدعى عليها (٤٤١) تأشيرة عمل وذلك وفق تذكرة المراجعـة رقـم (....) وتـاريخ (.....) وقيمة كل تأشيرة ١٥٠٠ريال حسب العقد وعليه فيكون المـستحق عـن ذلك: ٦٦١،٥٠٠.

وأما ما ذكرته المدعى عليها من تأخر المدعية وعدم تنفيذ النسبة المبتغاة ، فإن ذلك أمر يسير ويغتفر في مثل هذه الحالات إضـافة أن المـدعى عليها لم تقدم ما يثبت حصول الضرر وتعطل مصالحها من جراء ذلـك. فإن الدائرة تنتهي إلى استحقاق المدعية لمبلغ (٦٦١،٥٠٠) ريـال قيمـة استخراج (٤٤١) تأشيرة عمل."

الخاتمة

يتضح لنا من خلال ما سبق النتائج التالية:

أ - أن سلطان الإرادة هو: هو حرية إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجه ، وحدود تلك الحرية ، أي مدى اعتبارها في نظر الشرع.

وأن الشروط العقدية فهي: الشرط الذي ينشئه المكلف بإرادته في بعض عقوده والتزاماته.

ب - ظل مبدأ سلطان الإرادة طـوال العـصور القديمـة مقيـداً بأوضاع شكلية ، لكنه بدأ يتحرر شيئاً فشئياً في أواخر القرون الوسطى ، ثم ما لبث أن صارت له السيادة الكاملة في عصر الثورة الفرنسية ومـا بعدها حيث اعتبرت الإرادة هي المـصدر الوحيـد لكـل الالتزامـات والحقوق.

ج - انتكص مبدأ سلطان الإرادة بعد ذلك بسبب انتشار المـذاهب الاجتماعية ، ثم عاود الظهور مرة أخرى على أسس جديـدة ، واسـتقر على النظرية التي تقول:" السلطان الأصلي في إنشاء العقد وفي تحديـد التزاماته إنما هو لإرادة العاقدين ، ولكن في حدود معينة يحددها التشريع وفقاً للمصالح الفردية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية."

د - القيود التي يقيد بها مبدأ سلطان الإرادة تختلـف بـاختلاف أنـواع الحقوق والعقود.

أولاً : في الحقوق العامة والالتزامات الناشـئة عنهـا لا سـلطان لإرادة الملتزم أصلاً ، بل للقانون وحده.

ثانياً: أما عقد الزواج ونتائجه ينحصر سلطان إرادة العاقدين فـي أصل العقد ، أي في قبول التعاقد أو رفضه بمحض حريتهما.

ثالثاً: أما ما يتعلق بدائرة القانون الخاص من الأموال ، فإن الإرادة فيها تنشط تدرجاً ، ففي الحقوق العينية يتسع مجال سلطان إرادة العاقدين في تحديد أثار العقد ، أما في تكوينه فيخضع لمراسم شكلية في التـسجيل يفرضها القانون .وأما في الحقوق الشخصية والالتزامات فهـي الميـدان الأوسع لمبدأ سلطان الإرادة العقدية ضمن حدود الآداب العامة والنظـام العام والنصوص القانونية الخاصة عندما تكون آمرة بحكم إلزامي.

هـ - يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والظاهرية وكثير مـن المالكية وبعض الحنابلة أن الأصل في الشروط العقدية هو الحظر ، فـلا يباح إلا ما دل الشرع على إباحته بالنص أو الإجماع أو القياس عند من يقول به.

ويستدلون على ذلك ببعض النصوص كقوله (كل شرط ليس في كتاب ا فهو باطل) وقوله (نهى عن بيع سلف وبيع ولا شرطان في بيع)

و- يرى أصحاب المذهب الاجتماعي أن القانون هو الذي يحـدد آثـار العقد ونتائجه ، وأن إرادة العاقدين يقتصر دورها علـى إنـشاء العقـد. فالقانون من وجهة نظرهم هو الذي يرسم حدود المـشروعية للعقـود ، فيقرر ما يراه مناسباً من القيود على الإرادة لإعادة التوازن إلـى العقـد وحماية أطرافه كما أن حرية التعاقد إذا أطلقت ، تؤدي إلـى الفوضـى

الاجتماعية ، وما يستتبع ذلك من أضرار على الصعيدين : الاقتصادي ، والمالي ، وهو أمر يتعارض من المصلحة العامة.

ح ـ يتفق رأي جمهور الفقهاء المضيقين من حرية الشروط العقدية مـع رأي أصحاب المذهب الاجتماعي من حيث المبدأ العام ، وهو أن الإرادة ليس لها أي سلطان تجاه تحديد آثار العقد.

لكن ليس لبطلان الشرط العقدي في نظر القوانين المضيق مـن نطـاق حرية الشروط العقدية أي أثر على صحة العقد ، وأما الفقهاء المضيقون فهم يقسمون الشروط الباطلة إلى : ١ـ شروط باطلة تبطل العقد. ٢ـ ـ وشرط باطلة لا تبطل العقد. وذلك حسب حجم الخلل الذي يصيب أركان العقد الأساسية نتيجة هذه الشروط

ط ـ يرى بعض المالكية وكثير من الحنابلة أن الأصـل فـي الـشروط العقدية الجواز والإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه.

ويستدلون بالنصوص الواردة في الأمر بوفاء العهود و العقود ، وبعـض النصوص الخاصة كحديث جابر لما باع جمله على النبي صلى ا عليه وسلم واشترط حملانه إلى المدينة.

ك ـ يرى أصحاب المذهب الفردي أن الإرادة هي التي تحدد آثار العقد ونتائجه الأصلية ، منطلقين من قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين).

ل ـ يعد رأي الموسعين من حرية الشروط العقدية هو أقرب الاجتهادات الشرعية إلى الاتجاهات القانونية المعاصرة . لكنهم يختلفون فـي مبـدأ جعلية آثار العقود ، وفي الضوابط والقيود الواردة على العقود.

م ـ الأصل في النظام السعودي هو أن جواز كل شرط لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ولا يخالف مقصود العقد ، ولا يعارض نصاً نظامياً خاصاً

التوصيات:

أولاً: الاستفادة من النظريات القانونية والصيغ النظامية المعاصرة أياً كان مصدرها بعد تخليصها من قواعدها الفلسفية ومؤثرات هذه القواعد في عناصرها، على أن تكون الشريعة الإسلامية هي قاعدة البناء لهذه النظريات والصيغ النظامية ، وهي الضابطة لتركيب هذا البناء من خلال مبادئها وقيمها الخلقية وأحكامها الشرعية وقواعدها العامة.[1]

ثانياً: إعادة صياغة هذه النظريات بحيث تكون قابلة للتطبيق في المجتمع الإسلامي.

ثالثاً: إن كثرة النوازل والمستجدات في هذا الزمان خصوصاً في أبواب المعاملات المالية ، وعجز كثير من العقود المسماة - التي قرر الفقهاء أحكامها - عن الوفاء بمتطلبات وحاجات العصر ، تستلزم إعادة فتح باب الاجتهاد بضوابطه الشرعية ، وإعادة دراسة أحكام هذه العقود ، والنظر في مدى موافقتها لدلالة نصوص الكتاب والسنة، وأقوال السلف الصالح ، ومقاصد الشريعة ومبادئها العامة.

[1] ـ العولمة الغربية والصحوة الإسلامية/ عبدالرحمن الزنيدي:٩٥.

المراجع والمصادر:

التفسير:

١. أحكام القرآن ، أبو بكر أحمد بن علي بن رازي الجصاص ، دار إحياء التراث العربي ، ومؤسسة التاريخ العربي ، بيروت:١٤١٢هـ.
٢. الجامع لأحكام القرآن: محمد بن أحمد القرطبي ، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى :١٤٢٧هـ.
٣. تفسير القرآن الحكيم المشتهر بتفسير المنار ، محمد رشيد رضا، دار المنار ، القاهرة :١٣٦٦هـ.
٤. تفسير القرآن العظيم ، عماد الدين ، إسماعيل بن كثير القرشي ، مؤسسة الريان ، الرياض ، الطبعة الرابعة:١٤١٨هـ.
٥. ـ نيل المرام من تفسير آيات الأحكام ، صديق بن حسن بن علي القنوجي ، المكتبة العصرية ، بيروت ، الطبعة الأولى:١٤٢٨هـ.

كتب الحديث وشروح الأحاديث:

١. إرواء الغليل تخريج أحاديث منار السبيل : الشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الأسلامي ، الطبعة الأولى:١٣٩٩هـ.
٢. سبل السلام شرح بلوغ المرام، محمد بن إسماعيل الصنعاني ، دار العاصمة ، الرياض ، الطبعة الأولى :١٤٢١هـ.
٣. شرح صحيح مسلم ، محي الدين أبو زكريا النووي ، المكتبة العصرية ، بيروت :١٤٢٦هـ.
٤. فتح الباري شرح صحيح البخاري: الشيخ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، دار السلام ، الرياض ، الطبعة الثالثة:١٤٢١هـ.
٥. معالم السنن شرح سنن أبي داود: الشيخ حمد بن محمد الخطابي البستي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى:١٤١١هـ.

كتب الفقه:

١ـ أحكام المعاملات الشرعية: الشيخ علي الخفيف ، دار الفكر العربي ، القاهرة :١٤٢٩هـ.

٢ـ إعلام الموقعين: شمس الدين محمد بن قيم الجوزرية ، مكتبة دار البيان، دمشق ، الطبعة الأولى :١٤٢١هـ.

٣ـ بدائع الصنائع وترتيب الشرائع: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية:١٤٠٦هـ.

٤ـ حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل: محمد بن عبدا بن علي الخرشي المالكي ، دار الكتب العلمية ، بيروت.

٥ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : محمد بن عرفة الدسوقي ، على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٦ـ روضة الطالبين وعمدة المفتين: محي الدين ، أبو زكريا يحي بن شرف النووي ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، :١٤٢٣هـ.

٧ـ شرح فتح القدير : كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام الحنفي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٤هـ.

٨ـ الشركات في الفقه الإسلامي: الشيخ علي الخفيف، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨م.

٩ـ الشروط التعويضية في المعاملات المالية: الدكتور عياد العنزي ، دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، الطبعة الأولى:١٤٣٠هـ.

١٠ ـ القواعد النورانية: لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، دار ابن الجوزي ، الرياض ، الطبعة الثانية:١٤٢٨هـ.
١١ ـ كشاف القناع عن متن الإقناع: الشيخ منصور بن يونس البهوتي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى:١٤١٨هـ.
١٢ ـ المبسوط: شمس الدين السرخسي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت :١٤٠٩هـ.
١٣ ـ المحلى: لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم ، إدارة الطباعة المنيرية، عام:١٣٤٧هـ.
١٤ ـ مجموع الفتاوى: لشيخ الأسلام أحمد بن عبدالحليم بن تيمية ، در العربية ، بيروت.
١٥ ـ المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى:١٤١٨هـ.
١٦ ـ مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، عبدالرزاق السنهوري ، دار إحياء التراث العربي ، ومؤسسة التاريخ العربي ، بيروت.
١٧ ـ المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، الدكتور: محمد عثمان شبير ، دار النفائس للنشر والتوزيع .
١٨ ـ المغني ، الشيخ موفق الدين عبدا بن أحمد بن قدامة المقدسي ، دار هجر ، القاهرة ، الطبعة الثانية :١٤١٢هـ.
١٩ ـ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، الشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي ، مدينة نصر ، القاهرة.

٢٠ـ المهذب في فقه الإمام الشافعي ، لأبي إسحاق الشيرازي ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى :١٤١٢هـ.
٢١ـ مواهب الجليل شرح مختصر العلامة خليل ، أبو عبدا محمد بن محمد المغربي ، المعروف بالحطاب ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع.
٢٢ـ نظرات في الشريعة الإسلامية ، عبدالكريم زيدان ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطعبة الأولى :١٤٢١هـ
٢٣ـ نظرية الشرط في الفقه الإسلامي ، الدكتور: حسن بن علي الشاذلي ، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع ، الرياض ، الطبعة الأولى :١٤٣٠هـ.

كتب أصول الفقه:

١ـ شرح الكوكب المنير ، محمد بن أحمد الفتوحي المعروف بابن النجار ، مكتبة العبيكان عام :١٤١٨هـ.
٢ـ كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام: الشيخ علي بن محمد بن الحسين البزدوي، شركة الصحافة العثمانية ، عام:١٣٠٨هـ.
٣ـ المستصفى من علم الأصول ، أبو حامد محمد بن أحمد الغزالي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الأولى.

كتب اللغة:

١ـلسان العرب ، العلامة ابن منظور ، دار إحياء التراث ، ومؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، الطبعة الثالثة.

٢ـ المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، :٣٩٤/١. دار المعارف ،الطبعة الثالثة.

كتب القانون:

١ـ أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي: الدكتور سعد الخثلان، الطبعة الثانية ، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع ، ١٤٣١هـ.

٢ـ أشخاص الملاحة البحرية ومسؤولياتهم في الفقه والنظام: الدكتور عارف العلي ، المعهد العالي للقضاء، ١٤٢٢هـ.

٣ـ التصرف الفردي والإرادة المنفردة : الشيخ علي الخفيف ، دار الفكر العربي ، مدينة نصر القاهرة.

٤شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون: محمد بن إبراهيم الموسى، دار التدمرية ، الطبعة الثالثة ، ١٤٣٢هـ

5 ـ ضوابط العقود: الدكتور عبدالحميد محمود البعلي ، مكتبة وهب ، القاهرة ، الطبعة الأولى.

٦ ـ القانون التجاري السعودي: الدكتور: محمد بن حسن الجبر ، الطبعة الخامسة :١٤٢١هـ.

٧ ـ النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون: الدكتور بهاء الدين العلايلي، دار الشواف ، الرياض:١٤٢٦هـ

٨ ـ نظرية العقد ، عبدالرزاق السنهوري: منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٨م.

٩ ـ الوجيز في النظرية العامة للإلتزام : عبدالرزاق السنهوري ، منشأة المعارف ، الأسكندرية :٢٠٠٤م.
١٠ ـ الأوراق التجارية في النظام السعودي: الدكتور :عبدا بن محمد العمران ، معهد الإدارة العامة ، الطبعة الثانية:١٤١٦هـ .

بحوث تكميلية:

١ـ القيود الواردة على حرية تداول الإسهم في الشركة المساهمة : سليمان بن عبدالمحسن السعوي ، المعهد العالي للقضاء ، ١٤٢٩ـ ١٤٣٠.

الأنظمة:

١ ـ نظام الشركات التجارية: الصادر بالمرسوم الملكي م/٦ وتاريخ١٣٨٥/٣/٢٢هـ .
٢ ـ نظام المحكمة التجارية: الصادر بالمرسوم الملكي :م/٣٢ وتاريخ ١٣٥٠/١/١٥هـ .
٣ ـ نظام الأوراق التجارية: الصادر بالمرسوم الملكي م/٣٧ وتاريخ ١٣٨٣/١٠/١١هـ .
٤ ـ نظام البيع بالتقسيط: الصادر بالمرسوم الملكي (٥٧) وتاريخ ١٤٢٦/٣/٢هـ .
٥ ـ نظام المنافسات والمشتريات الحكومية: الصادر بالمرسوم الملكي رقم ((٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ .

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث

نهى عن بيع الغرر	٩٣
نهى عن بيع وشرط	٣
ينصب لكل غادر لواء يوم القيامة	٣٩

فهرس التراجم

فهرس الموضوعات

ملخص البحث

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد الله والصلاة والسلام على رسول الله وبعد:

فهذا بحث بعنوان (سلطان الإرادة في إنشاء الشروط العقدية) أعده الدارس في المعهد العالي للقضاء بقسم السياسية الشرعية شعبة الأنظمة/ محمد بن عبدالله العتيبي. وأشرف على البحث الدكتور/ عارف بن صالح العلي ، أستاذ الأنظمة المشارك بالمعهد العالي للقضاء.

وينقسم البحث إلى مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: المقدمة وتشتمل على توضيح عام لفكرة البحث ، وأهمية الموضوع وأسباب اختياره ، ومشكلة البحث ، والتساؤلات والإشكالات التي يثيرها البحث ، والدراسات السابقة ، والمخطط التفصيلي للبحث.

ثانياً: المبحث التمهيدي ويشتمل على أربع مطالب ، المطلب الأول: للتعريف بمصطلحات عنوان البحث في اللغة والفقه والقانون.

والمطلب الثاني: تطرق الباحث فيه لأساس أو فلسفة مبدأ سلطان الإرادة في القانون الوضعي. والمطلب الثالث: تناول نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة في القانون ، والمطلب الرابع: تناول الباحث فيه أهم النتائج المتفق عليها المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة بعد استقراره في العصر الحديث.

ثالثا: المبحث الأول: التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية. ويشتمل المبحث على أربع مطالب.

المطلب الأول: تطرق الباحث فيه لاختلاف الفقهاء في مسألة: هل الأصل في الشروط العقدية الحظر أم الإباحة على قولين. وذكر أدلة القولين ومناقشة أدلة كل قول ، وتوصل إلى ترجيح القول الذي يقضي بأن الأصل في الشروط العقدية الإباحة إلا ما دل الدليل الشرعي على تحريمه نصاً أو قياساً.

والمطلب الثاني: ذكر فيه الباحث أنواع الشروط العقدية عند المذاهب الفقهية التي أخذت بالتضييق من نطاق حرية الشروط العقدية.

المطلب الثالث: تطرق الباحث فيه للتضييق من نطاق حرية الشروط العقدية في القانون الوضعي ، حيث ذكر الباحث أساس هذا الاتجاه وأهم النواحي التي ظهر فيها التأثر بهذا الاتجاه في العقود بالأنظمة المعاصرة .
المطلب الرابع: قارن الباحث فيه بين الفقه والنظام في التضييق من نطاق حرية الشروط العقدية حيث ذكر أهم أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه والقانون في هذا الجانب .

رابعاً: المبحث الثاني التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية ، وينقسم إلى ثلاث مطالب: المطلب الأول: تطرق الباحث فيه لأنواع الشروط العقدية عند المذاهب الفقهية التي أخذت بالتوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية.
والمطلب الثاني: تناول الباحث فيه التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية في القانون ، حيث ذكر أساس هذا الاتجاه في القانون الوضعي ، كما ذكر أهم النتائج المترتبة على الأخذ بهذا الاتجاه في الأنظمة المعاصرة.
والمطلب الثالث: قارن الباحث فيه بين الفقه والقانون في التوسيع من نطاق حرية الشروط العقدية ، وذكر أهم أوجه الاختلاف والاتفاق بين الفقه والقانون في هذا الجانب.

خامساً: المبحث الثالث موقف النظام السعودي من حرية الشروط العقدية وينقسم المبحث إلى ثلاث مطالب:
المطلب الأول: ذكر الباحث فيه النصوص النظامية الواردة في حرية الشروط العقدية في الأنظمة السعودية.
المطلب الثاني: اجتهد الباحث فيه للتوصل إلى أصل عام متحصل من النظر في النصوص النظامية السابقة الواردة في المطلب الأول لمحاولة فهم موقف النظام السعودي في حرية الشروط العقدية.
المطلب الثالث: أرفق الباحث فيه بعض التطبيقات المتعلقة بمبدأ سلطان الإرادة في القضاء السعودي .

سادساً: الخاتمة

سابعاً: التوصيات وهي كما يلي:
أولاً: الاستفادة من النظريات القانونية والصيغ النظامية المعاصرة أياً كان مصدرها بعد تخليصها من قواعدها الفلسفية ومؤثرات هذه القواعد في

عناصرها، على أن تكون الشريعة الإسلامية هي قاعدة البناء لهذه النظريات والصيغ النظامية ، وهي الضابطة لتركيب هذا البناء من خلال مبادئها وقيمها الخلقيَّة وأحكامها الشرعية وقواعدها العامة.

ثانياً: إعادة صياغة هذه النظريات بحيث تكون قابلة للتطبيق في المجتمع الإسلامي.

ثالثاً: إن كثرة النوازل والمستجدات في هذا الزمان خصوصاً في أبواب المعاملات المالية ، وعجز كثير من العقود المسماة ـ التي قرر الفقهاء أحكامها ـ عن الوفاء بمتطلبات وحاجات العصر ، تستلزم إعادة فتح باب الاجتهاد بضوابطه الشرعية ، وإعادة دراسة أحكام هذه العقود ، والنظر في مدى موافقتها لدلالة نصوص الكتاب والسنة، وأقوال السلف الصالح ، ومقاصد الشريعة ومبادئها العامة.

ثامناً: أهم المصادر والمراجع.

ترجمة ملخص البحث

In the name of God the Merciful
Praise be to God, prayer and peace upon the Messenger of Allah and after:

This research titled (Sultan will create the conditions in Streptococcus) prepared by the student at the Higher Institute for the Elimination Division, Department of legitimate political systems / Mohamed bin Abdullah Al-Otaibi. And supervised the research of / Arif Ali Bin Saleh, a professor of systems participating in the Higher Institute of Justice.

The research is divided into an introduction and preface and three sections as detailed below:

I. Introduction and include an explanation of the idea of research, and importance of the subject and the reasons for his choice, and the problem of research, questions and problems raised by the research, and previous studies, and the outline of the research.

Second, the preliminary section and includes four demands, the first requirement: to introduce the terms of Title in the language and jurisprudence and law. The second requirement, referring to the researcher or the basis of the philosophy of the principle of authority will, in positive law. The third requirement: Eat the emergence and development of the principle of authority will in the law, and the fourth requirement: the researcher the most important implications of the agreed conclusions on the principle of the will after the Sultan of stability in the modern era.

Third: The first topic: narrowing the scope of the freedom of contractual conditions. Section includes four demands.

The first requirement: the researcher discussed the different scholars in the question: Are all the conditions in Streptococcus prohibition or permissibility there are two views. The evidence of the two views and discuss the evidence all said, and reached to say the likelihood that the parent who is serving in the terms Doctrine is permitted except what is evidence the legal prohibition on the text or relative.
The second requirement: the researcher mentioned types of Streptococcus conditions at schools of Islamic jurisprudence, which took the tightening of the scope of freedom of contractual conditions.
Third requirement: Turning the researcher to narrow the scope of the freedom of contractual conditions in the positive law, where the investigator reports the basis of this trend and the most important aspects that appeared vulnerable to this trend in the decades to modern systems.
Fourth requirement: Compare researcher between the doctrine and order in restricting the scope of the freedom of contractual conditions, indicating the most important aspects of agreement and disagreement between the doctrine and law in this aspect.
Fourth, the second topic of expansion of the scope of freedom of contractual conditions, and is divided into three demands: the first requirement: the researcher discussed the types of conditions at the nodal schools of Islamic jurisprudence, which took

the expansion of the scope of freedom of contractual conditions.

The second requirement: the researcher the freedom to expand the scope of the contractual conditions in the law, stating the basis of this trend in the positive law, as mentioned the most important consequences of the introduction of this trend in contemporary systems.

The third requirement: Compare researcher between the doctrine and law in the expansion of the scope of freedom of contractual conditions, and said the most important aspects of difference and agreement between the doctrine and law in this aspect.

Fifth: The third section of the position of the Saudi regime and the freedom of contractual conditions section is divided into three demands:

The first requirement: researcher said the statutory provisions contained in the contractual freedom conditions in Saudi laws.

The second requirement: the researcher worked hard to reach out to the year obtained from the consideration of the aforementioned legal provisions contained in the first requirement to try to understand the position of the Saudi regime to freedom of contractual conditions.

Third requirement: Attach some applications in which a researcher on the principle of authority will in the Saudi justice.

VI: Conclusion

Seventh: The recommendations are as follows:
First, take advantage of the legal theories and formulas regular contemporary, whatever their source after removing the bases and philosophical influences of these rules in its elements, with the Islamic Sharia is the basis of construction of these theories and formulas of order, a control group for the installation of this building through its principles and values of moral and provisions of the law and rules of general .
Second: The reformulation of these theories to be applicable in the Muslim community.
Third, the large number of stalactites and developments in this time, especially in the chapters on financial transactions, and the inability of many of the contracts called which decided to scholars of its provisions to meet the requirements and the needs of the times, requiring re-open the door of ijtihad Dwabth legitimacy, and re-examine the provisions of these contracts, and consider the approval significance of the texts of the Qur'aan and Sunnah and sayings of the righteous, and purposes of the law and general principles.
Eighth: the most important sources and references